

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 7. MADDESİ İŞİĞİNDA
SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
ÜMİT SADE
(0510032003)

Anabilim Dalı : HUKUK
Program : KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

KASIM 2007

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
TÜRKÇE ÖZET	v
İNGİLİZCE ÖZET	vi

1. GİRİŞ	1
2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 7. MADDESİ İŞİĞİNDE SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ	
2.1. Kavram Olarak	7
2.2. Tarihsel Gelişimi	16
2.2.1. Batıda	16
2.2.2. Türk Mevzuatında	20
2.2.2.1. Osmanlı Devletinde	20
2.2.2.2. Hukukumuzda Kanunilik İlkesi	21
2.2.3. Mukayeseli Hukukta İlkenin Görünümü	25
2.3. İlkenin Hukuki Değeri	29
2.4. Prensibin Filozofik ve Sosyal temelleri	30
2.5. İlkenin Yararları ve Sakıncaları Konusundaki Tartışmalar	31
2.6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İlkenin Düzenlenişi	35
2.7. Uluslar arası Ceza Hukukunda İlkenin Düzenlenişi	39

3. KANUNİLİK İLKESİNİN UNSURLARI

3.1. Kanunun Tekelciliği	44
3.1.1. Kanunun tekelciliği ilkesinin işlevi	44
3.1.2. Ceza hukukunun kaynakları	45
3.1.2.1. Kanunlar	46
3.1.2.2. Düzenleyici İşlemler	47
3.1.2.3. Yabancı hukuk	49
3.1.2.4. Mahkeme Kararları	50
3.2. Belirlilik İlkesi	56
3.3. Kıyas(analoji-benzetme) Yasağı	56
3.3.1. Ceza Yasaları Kıyasa Yol Açacak Şekilde Geniş Yorumlanamaz ..	64
3.3.1.1. Ceza Hukuku Kurallarının Yorumu	64
3.3.1.2. Yorumun Zorunluluğu	66
3.3.1.3. Ceza Hukukunda Yorum Diğer Hukuk Dallarından Farklı Mı?	67

3.3.1.4. Yorum ile Kıyasın Farkı.....	69
3.3.1.5. Yorumda Amaç.....	69
3.3.1.6. Yorumun Araçları.....	70
3.3.1.6.1. Gramatik Araç.....	70
3.3.1.6.2. Hazırlık Çalışmaları.....	72
3.3.1.6.3. Sistematik Araç.....	72
3.3.1.6.4. Mantık.....	73
3.3.1.6.5. Sosyolojik Araç.....	74
3.3.1.6.6. Karşılaştırmalı Hukuk.....	75
3.3.1.6.7. Hukukun Genel İlkeleri.....	75
3.3.1.7. Yorum Çeşitleri.....	76
3.3.1.7.1. Biçimsel Bakımdan.....	76
3.3.1.7.1.1. Yasama Yorumu.....	76
3.3.1.7.1.2. Yargı Yorumu.....	78
3.3.1.7.1.3. Doktrin Yorumu.....	79
3.3.1.7.2. Maddi Bakımdan Yorum.....	80
3.3.1.7.2.1. Bildirici Yorum.....	81
3.3.1.7.2.2. Amaççı Yorum.....	81
3.3.1.7.2.3. Düzeltici Yorum.....	82
3.3.1.7.2.4. Daraltıcı Yorum.....	83
3.3.1.7.2.5. Genişletici Yorum.....	84
3.3.2. Yargıtay Uygulamaları.....	86
3.3.3. AHİM Yorum Yöntemleri.....	88
3.4. Örf ve Adete dayanarak Suç ve Ceza Yaratılması Yasağı(lex Scripta).....	90
3.5. İdarenin Suç Yaratamayacağı.....	93
3.6. Aleyhe Kanunun Geçmişe Yürümesi Yasağı(Lex Praevia).....	97
3.6.1. Genel Olarak.....	97
3.6.2. Geçmişe Yönelmiş Yürürlük İlkesinin Kapsamı.....	103
3.6.3. Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme.....	104
3.6.4. Kanunun Uygulama Alanı.....	107
3.6.5. Zincirleme Suç.....	113
3.6.6. Kesinleşmiş Kararlar.....	114
3.6.7. Ceza Muhakemesi Kuralları.....	115
3.6.8. İnfaz Kanunları.....	117
3.6.9. Güvenlik Tedbirlerine İlişkin Kanunlarda.....	121
3.6.10. Koğuşturma Şartlarına İlişkin Şartlarda Değişikler.....	122
3.6.11. Zamanaşımı Yönünden.....	123
3.6.12. Mahkemelerin Görev Ve Yetkilerine İlişkin Kanunlar.....	124
3.6.13. Mahkeme İçtihatlarının Geçmişe Yürüyüp Yürümeyeceği Sorunu	125
3.6.14. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Geçmişe Yürüyüp Yürümeyeceği Sorunu.....	125
3.6.15. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geçmişe Yürüyüp Yürümeyeceği Sorunu.....	126
3.6.16. Yabancı Kanunların Göz önünde Bulundurulması.....	127
3.6.17. Suçun İşlendiği Zaman.....	128

4. İLKEYE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

4.1. Kanunilik İlkesine İlişkin AHİM İçtihatları.....	132
4.2. Yargıtay Uygulamaları.....	138
4.3. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Uygulamaları.....	140
4.4. Anayasa Mahkemesi Kararları.....	142

5. GÜVENLİK TEDBİRLERİNDE KANUNİLİK İLKESİ

5.1. Kavram.....	146
5.2. Hukuki Niteliği.....	148
5.3. Türk Ceza Kanunda Düzenleme.....	149
5.3.1. Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanacağı Kişiler.....	149
5.3.2. Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri.....	150
5.3.3. İlkenin Uygulanması.....	150
5.4.4. Yargıtay Uygulamaları.....	150

6. KABAHAHLERDE KANUNİLİK İLKESİ.....154

7. DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİ.....156

7.1. Genel Olarak.....	156
7.2. Disiplin Soruşturması İle Ceza Kovuşturması Arasındaki Farklar.....	157
7.3. Disiplin Soruşturması İle Ceza Kovuşturmasının Birbirlerine Etkisi Ve Sonuçları.....	159
7.4. Disiplin Suç Ve Cezalarına İlişkin Genel Esaslar.....	160
7.5. Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanması.....	168
7.5.1. Geçmişe Yürümezlik İlkesi(Geçmişe Etki Yasağı).....	171
7.5.2. Memurun Lehine Olan Hükmün Uygulanması İlkesi.....	171
7.5.3. Aleyhe Düzeltme Yasağı.....	172

8. VERGİ CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİ.....172

SONUÇ.....175

KAYNAKÇA.....177

KISALTMALAR

AY	: 1982 Anayasası
YTCK	: 5237 sayılı TCK
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
MvSHS	: Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi
ETCK	: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
TCKYvUŞK	: Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararları
HSK	: 2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunu
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TCKYUŞHK	: Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
CİK	: 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
DMY	: 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Sözleşme	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
C.D.	: Ceza Dairesi
Ana.M.	: T.C. Anayasa Mahkemesi
CvGTİHK	: 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
DD	: Danıştay Dergisi
AKHK	: 4320 sayılı Ailenin Korunması Hakkındaki Kanun.
D.İ.B.K.	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu.
m.	: madde
Y.İ.B.B.G.K.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
Y.C.G.K.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu.
RG	: Resmi Gazete
Kab.K.	: 5326 sayılı Kabahatler Kanunu
DD	: Danıştay Dergisi
DMY	: 657 sayılı Devlet Memurları Yasası

Enstitüsü : Sosyal Bilimler
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek lisans- Kasım 2007

KISA ÖZET

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 7. MADDESİ İŞİĞİNDE SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Ümit Sade

Bu çalışmanın konusu Ceza Hukukunun anayasası ve evrensel nitelikte olan suç ve cezada kanunilik ilkesidir. Bu amaç için kavram olarak ilkenin açıklanması, tarihsel süreç, karşılaştırmalı hukukta ilkenin görünümü, Türk Hukukunda ilkenin gelişimi, ilkeye yönelik eleştiriler, AİHS ilkenin düzenlenişi, Uluslararası Ceza Hukukunda ilkenin düzenlenişi, ilkenin unsurları, ilkeye ilişkin ulusal ve uluslararası yargı içtihatları, ilkenin ceza hukuku ile ilgili diğer hukuk dallarında görünümü araştırılmıştır. Hedef suç ve cezada kanunilik ilkesi denince ne anlaşılması gerektiğinin araştırılmasıdır.

Araştırma, suç ve ceza kanunilik ilkesinin anayasal bir ilke olduğunu ve ceza hukukunun en temel konusu olduğunu, ceza hâkimin önüne gelen somut olayda ilk önce eylemin suç olarak düzenlenip düzenlenmediğini araştırmak olduğunu, ilkenin yargı kararlarında uygulamasının neler olduğunu tartışmayı ve uygulayıcıya bu konuda ışık tutmayı amaçlamıştır. Bu gerçekleştirirken yazılmış bilimsel eserler, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları irdelenmiş, ilkenin ceza hukuku ile ilgili yansıdığı diğer alanlara özet halinde değinilmiştir.

Bu çalışma, suç ve cezada kanunilik ilkesinin uzun tarihsel süreçten geçerek bugünkü anlamını kazandığını, ceza hukukunun özü ve omurgası olduğunu, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olduğunu, ulusal ve uluslararası hukukta yargı denetimi ile güvence altında olduğunu, ceza hukuku ile bağlantılı diğer alanlara da yayıldığını ve uygulanmaya başladığını, Uluslararası Ceza Hukuku'nun da temel ilkesi haline geldiğini göstermiştir. Amaç insan haklarına saygılı, insanların kendilerini hukuki güven içerisinde hissettikleri bir hukuk düzeninin oluşturulmasıdır.

Bilim Dalı Sayısal Kodu :

University : İstanbul Kültür University
Institute : Institute of Social Sciences
Programme : Kamu Hukuku
Supervisor : Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Degree Awarded and Date : MA- November 2007

ABSTRACT

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 7. MADDESİ İŞİĞİNDA SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Ümit Sade

This study touches upon the constitution of criminal law and the principal of legality in universal crime and punishment. To this end, the explanation of this principle, historical process, appearance of principle in comparative law, its development in Turkish law, critiques against it, its arrangement in international criminal law the European declaration of human rights principle and in universal crime law its components, national and international jurisprudence interpretation as to the principle, its existence in branches of other laws about criminal law have been searched. The aim is to give a basic comprehension with regard to the principal legality notion

The study strives to illustrate that the principal of legality is a constitutional principle and that it's a basic issue in criminal law. It also tries to investigate whether the act is defined as a crime in the legislation and to discuss its implementation in jurisprudence and also to illuminate the points in implementation phase. In the course of study, scientific sources, the judgments of Supreme Court, Council of State and ECHR have been referred to.

This study also demonstrated that this principle has gained its current position after a long historical process and that it constitutes the very essence of the criminal law which is accepted to the fundamental principle of criminal law. The principle concerned is subject to judicial review and has been widely implemented in both criminal and other related fields. The purpose is to establish a law structure in which the people can feel themselves thoroughly safe.

Science Code :

GİRİŞ

Hukuk toplum halinde yaşayan insanların kendi aralarında ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında dengenin kurulmasında en önemli belirten hukuk normlarıdır. Bu denge toplumdan topluma değişen bir yapı göstermektedir. Hatta aynı toplumda dahi değişen zaman koşullarına göre anlayış farklılaşabilmektedir. Hangi zaman ve toplum dikkate alınırsa alınsın en iyi düzen dengenin sağlandığı, bireyin öne çıkarıldığı, bireyin toplumunda kendisini güvende hissettiği hukuk sistemidir. Bu noktada bireyin insan olması nedeni ile sahip olduğu haklar ile siyasal iktidarın hâkimiyet veya daha fazla yetki kavgasının başladığı ve tarih boyunca da devam edeceğidir. Önemli olan kavganın daha fazla bireyin ön plana çıkarıldığı, insan haklarına saygının en üst düzeye doğru gitmesi ve bireyin lehine sonuçlanmasıdır.

İnsanların doğuştan sahip oldukları temel haklar uzun zamandan beri, ulusal düzeyde anayasalar temelinde iç hukuk kuralları ile korunmaktadır. 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası düzeyde bu hakların korunması fikri ağırlık kazanmıştır. Bu gelişmede şüphesiz İkinci Dünya Savaşından sonra, savaş dönemlerindeki soykırımda dâhil olmak üzere, ağır ve kitlesel insan hakları ihlallerine karşı duyulan tepki büyük rol oynamıştır¹.

Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğü sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir.

Hukuk güvenliği ilkesi ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesidir. Hukuk kuralları toplumun her ferdi tarafından bilinmeli, öngörülebilir, açık ve belirli olmalıdır.

¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, ve Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı.(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006) 21

Hukuk devleti, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, birey ve toplumun/devletin menfaatleri arasında dengeyi kuran, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, kazanılmış haklara saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, bütün eylem ve işlemleri Anayasa ve hukuk kurallarına uygun ve yargı denetimine açık bulunan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye'nin bir hukuk devleti olduğu yazılıdır. Bu ilkeye göre, yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenliği Millet adına kullanan Anayasal organlar bu gücü sadece hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve güvenliği sağlamak amacıyla kullanabilirler. Bu onların meşruluğunun temelini teşkil eder. Ülkesinde, toplum halinde yaşamının ilk ve vazgeçilmez şartı olan güvenliği ve sosyal düzeni sağlayamamış olan devletlere hukuk devleti denemez. Bir hukuk devletinin varlık sebebi, insan haklarına dayalı adil ve güvenli bir toplumsal düzen kurmak ve bunu kesintisiz bir şekilde sürdürmektir².

Gerçekten de insan hakları çağımızın en önemli değerlerinden biridir. Bunların bir bölümü, ulusal yargı güvencesine, bir bölümü de uluslararası yargı güvencesine kavuşturulmuştur. İnsan hak ve özgürlükleri alanında en önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin kurumsal alandan çıkıp, uygulama alanına girmesi, etkili bir güvence sistemine kavuşturulmasıdır. İnsan haklarının korunması ve güvence altına kavuşturulması için çaba harcanmıştır. Yirminci yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişmenin, bireyin ulusal hukuk öznesi olmasının yanında, uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlamasıdır. İkinci Dünya Savaşının doğurduğu acı sonucun, insanın insan olarak değerini, insanlar arasında eşitliği reddeden görüşün yeniden ortaya çıkmaması için insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması zorunlu görülmüştür³. Öyleyse insan hakları insanların doğuştan sahip oldukları,

² Bahri Öztürk, ve Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku.(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006) 8.

³ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku 12-13.

birey olmaları nedeniyle sahip oldukları haklar olup, dar anlamda ise temel haklar olup bunlar olmazsa olmaz niteliktedirler. Nitelikleri ise insanın onurunu korumayı, maddi ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan haklar olup, bireylerin sadece insan olmaları nedeniyle kazandıkları haklardır. İnsan olarak dünyaya gelmek bu haklara sahip olmak için yeterlidir⁴. Bir hukuk kendisini insan haklarına dayalı olduğunu en üst normunda dile getirebilir. İnsan hakları, bir siyasi tarihin en büyük dönüşüm projesinin anahtarıdır⁵. İnsan Hakları Hukuku, devletin gücünün ve ulusal egemenliğinin sınırını oluşturmaktadır. İnsan Hakları demokrasinin çatısıdır⁶. İnsan hakları hukuku belki normatif alanda oluşturulabilir ancak insan haklarına dayalı bir hukuk anlayışı insanın bulunduğu her alandaki düzenlemelerde bireyin öncelikli olması daha geniş bir normatif dünya yaratma ameliyesidir.

Bu fikir işçiliğinin ürünü olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde garanti altına alan bir belgedir. Sadece sözleşme olarak düzenlemekte, denetim mekanizmasını kurması ve etki alanındaki ülke sayısı da nazara alındığında etkin bir sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmeyi imzalayan devletlerin sözleşmeye uyma yükümlülüğü yanında sözleşmenin hayata geçirilmesi açısından da olumlu yönde hareket etme, sözleşme bazında temel hak ve özgürlüklerin gelişmesi için açılımlar yapma, iç hukukundaki düzenlemeleri sözleşmeye uydurma ve daha ileri götürme yükümlülüğü altındadır. Türkiye bireysel başvuru hakkını tanıyarak, sözleşmenin toplumun her kesiminde hissedilmesinin önünü açmıştır.

Dünyanın gelişen yönü insan haklarının en üst düzeyde değer görmesidir. Devletin egemenlik alanının yani müdahale ettiği alanın olabildiğince kısıtlanmasıdır. Bu ilkelerin yerleşmesi demokratik hukuk toplumlarının egemen olmasına katkı sağlayacaktır. Bunun içinde artık modern ceza hukuklarında temeli insan haklarına saygılı hukuk devleti kavramıdır.

⁴ Tezcan/ Erdem/ Sancaktar/Önok 26-28.

⁵ Mithat Sancar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (03.07.2006 tarihli Hukuk ile İnsan Hakları İlişkisi Sunumunu)

⁶ Sevtap Yokuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi. (İstanbul: Beta Yayınevi, 1996) 1

İnsan haklarına saygılı hukuk devleti temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı devlettir. Temel hak ve özgürlükler, hukuk devletinde temel normlarda güvence altına alınmıştır. İşte bu alanda hukuk devletinin en önemli fonksiyonu ortaya çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin neler olduğunun yasalarda açık bir biçimde sayılması, müdahalenin olabildiğince sınırlı bu sınırlılığın kapsamını demokratik toplumun gerekliliğinin oluşturmasıdır. Sınırlamaların ancak yasayla konulması, yasakların temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, sınırlamaların neler olduğuna toplumun her bireyin rahatlıkla ulaşabilmesi ve bu aşamada şeffaflığın sağlanmasıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının en yoğun hissedildiği alanlar kuşkusuz ceza hukuku alanıdır. Öyleyse ceza hukuku alanında konulan yasakların mutlaka yasa ile konulması, bu yasaklara öngörülen müeyyidelerinde yine yasa ile belirlenmesi gerekmektedir. Ceza hukukun omurgasını oluşturan bu prensibe “suç ve cezada kanunilik ilkesi” denmektedir. Suç ve cezada kanunilik ilkesi ceza kanunlarında veya temel yasalarda düzenlenmese dahi bu ilkenin uygulanması tartışma götürmez bir şekilde yerleşmiştir. İlke yasa koyma yani suç oluşturma yetkisinin sadece ve sadece devlete ait olduğu (tekelsizlik), bunun ancak yasa denen işlemlerle yapılacağı, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza oluşturulamayacağı, suçların sadece kanunlarda sayılan hallerden ibaret olduğu, bunların kıyas yolu ile genişletilemeyeceği, yapılan yorum faaliyetlerinin kıyas uygulamasına yol açacak şekilde olamayacağı anlamına gelmektedir. Bu ilkelerin ceza hukukunun özü ve temeli olduğu her çağdaş, demokratik hukuk toplumlarının bu ilkelere saygı göstermesi ve kabullenerek temel özgürlüklerin her alanında genişletilerek uygulanmasının sağlanması gerekmektedir.

Her ceza yargılaması cezanın kişileştirilmesi ve yorum faaliyetidir. Hukuk devletinin fonksiyonu insan haklarını çiğnemediği maddi hakikate ulaşılma işlemidir. Bunun sınırları uygulayıcılar için kanun metni olacaktır. Yani uygulayıcı kişi hürriyetini engelleyen cezaların kanunla konulmuş olmasını arayacak, kanunu sözü ile bağlı kalarak, diğer yorum araçları ve tekniklerini kullanarak kanun metinlerini yorumlayacak ve uygulayacaktır. Kıyas ile yorumun farkını ayırt ederek, suç ve cezalarda kıyasa yol açacak şekilde yorum ve uygulama yapmayacaktır.

Uluslararası toplumun bir üyesi olan Türkiye’de bu gelişmelere kayıtsız kalmamakta, uygar toplumların vatandaşlarına sağladığı insan haklarına dayalı bir hukuk düzenini oluşturmakta için büyük bir atılım içerisine girmektedir. Bu amaç ve ideallerle 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra’da imzalanan ve 3 Ağustos 1949’da yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsünü onaylamıştır(12.12.1949 tarih ve 5456 sayılı kanun). Bu statünün 3. maddesi, Avrupa Konseyi Üye devletlere, hukukun üstünlüğü ve kendi yargı yetkisine bağlı her bireyin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanma ilkesini tanıma yükümlülüğü getirmiştir. Bu doğrultuda oluşturulan 4 Kasım 1950 tarihli AİHS’ni Türkiye, 10 Mart 1950 tarihinde onaylamıştır(6366 sayılı kanun R.G. 19.03.1954 s:8662). Onaylama belgesi Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine 18.05.1954 tarihinde depo edilmiştir. Sözleşme Türkiye açısından bu tarihte yürürlük kazanmıştır. Türkiye daha sonraki tarihlerde yapılmış olan 1961 ve 1962 Anayasa’larında güvence altına alınan haklar arasında koşulluk sağlanmıştır. Türkiye Sözleşmenin 25. maddesi uyarınca bireysel başvuru hakkını 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 BK kararı ile tanımış, Türk Hükümetinin bu karara dair beyanı 28 Ocak 1987 Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunulmuştur. 21 Nisan 1987 gün ve 19438 sayılı RG’de Dışişleri Bakanlığının konuyu açıklayan tebliği yer almıştır. Türkiye 27.09.1989’dan beri AİHM’in zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. AİHS’in Türk Hukukunda doğrudan uygulanırlık özelliği olduğu kabul görmektedir. Anayasa hükmü gereğince(m.90) Anayasal yönetime uygun olarak onaylanmakla Türk Hukuk düzeninde emredici gücü kazanmıştır⁷.

Bu bağlamda, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı yüksek lisans tezinin konusu, ceza hukukun en temel kavramı, omurgası ve özü olan bu ilkenin ayrıntıları ile incelenmesi, ilkenin uygulamasının klasik ceza hukuku alanından çıkarak hangi alanlara açılım yaptığı konusunun belirlenmesidir.

Bu amaçla, bu yüksek lisans tezi çalışmasında sekiz ana başlık altında konu incelenmeye çalışılmıştır. İkinci başlık altında suç ve cezada kanunilik ilkesinin kavram ve tarihsel gelişimi; üçüncü başlık altında kanunilik ilkesinin unsurları;

⁷ Yokuş 117-127.

dördüncü başlık altında konuya ilişkin ulusal ve uluslararası mahkeme içtihatları; beşinci başlık altında güvenlik tedbirlerinde kanunilik ilkesi; altıncı başlık altında kabahatlerde kanunilik ilkesi; yedinci başlıkta disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkeleri; son olarak vergi ceza hukukunda ilkenin görünümü incelenecektir.

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 7. MADDESİ İŞİĞİNDA SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

2.1. Kavram

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun başta gelen ve onu diğer hukuk dallarından ayırmağa yarayan bir özelliği de bu hukuk dalının taşıdığı hükümler itibariyle kesin, açık ve belirli oluşudur. Bu ilkeler maddî Ceza hukuku alanında olduğu gibi, Ceza Muhakemesi hukuku alanında da geçerlidir ve suçluların yararı gerekmedikçe söz konusu ilkelerden ayrılanamaz. 1974 Budapeşte Milletlerarası Ceza hukuku kongresi verdiği kararında "kanunilik ilkesinin adlî ve usulî bütün neticeleri ile kabulü gerektiğini ifade etmiştir⁸.

Hukuk devleti, bireyi yalnızca ceza hukuku aracılığıyla korumakla kalmaz, aynı zamanda onu ceza hukukuna karşı da korumak zorundadır. Bu bakımdan devlet, cezalandırma yetkisini kullanırken de, bireyleri devletin keyfi müdahalelerine karşı korumasız bırakmamak için bazı sınırlamalara tabidir. İşte bunun sınırı da suçta ve cezada kanunilik ilkesi oluşturur. Bu yüzden söz konusu ilke, "ceza kanunlarının garanti işlevini" yerine getirmektedir. İlke, hem yasama hem de yargı organlarını bağlar. Bir taraftan herkesin, hangi davranışın cezalandırıldığını önceden bilmesi güvence altına alınmalı; diğer taraftan da bir davranışın cezalandırılabilir olduğuna ancak yasa koyucu karar vermelidir⁹. Bu bakımdan ilke devlet organlarının keyfi davranışlarını önlemek için kabul edilmiştir. Bireyin hak ve özgürlüklerinin bir garantisidir¹⁰.

Kanunilik ilkesine devletin saygı göstermesi yetmez aynı zamanda ilke devlete yükümlülükler yüklemektedir. Devlet kanunilik ilkesini ihlal edilmesinden kaçınması gerekmektedir. Yani suç ve cezaların sadece kanunla düzenlenmesine mutlak surette uymalıdır. Bunun ihlal edilmemesi içinde davranışının sürekli

⁸ Sulhi Dönmezer, ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I.(Beta Yayınevi, Onüçüncü Bası,) 17.

⁹ Bahri ÖZTÜRK, ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, 2006) 39

¹⁰ Sedat Bakıcı, 5237 sayılı yasa kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007) 25.

olmasına özen göstermelidir. Yani yasa ile düzenlemesi gereken konularda idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi vermemelidir. Ayrıca kanun çalışmalarına önem atfederek suç haline getirdiği fiilleri açıkça tanımlamalı, müeyyidelerini de tereddüde yer bırakmayacak şekilde koymalıdır. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenlemenin kanunla yapılmasına ve bu yetkinin devredilmemesine mutlak surette uymalıdır. Bu kuralın çiğnenmemesine ilişkin denetim mekanizmasını etkin bir şekilde kurmalıdır.

Kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu yasa yapma faaliyetinin devletin elinde bulunması gerekir. "Hukukun kaynağı" deyiminden bazen hukuk normlarını koyan süje anlaşılır. Bu anlamda ceza hukukunun yegâne kaynağının devlet olduğunda kuşku yoktur. Nitekim ceza normu devletin egemen gücünün bir yansımasıdır; hatta norm başka süjeler tarafından konulduğunda da durum aynıdır. Çünkü bu süjelere ilgili yetkiyi yine devlet vermektedir. Her ne kadar ceza normu devletin egemen iradesinin bir işlemi ise de, hukukun nihaî kaynağı halkın bilinci, vicdanıdır. Gerçekten de örf, dil, sanat v.s. gibi hukuk da, ana hatları ile, halk ruhunun ürünüdür ve onun özelliklerini taşır. Hukukun kaynağı" deyimini, daha çok, hukukun ortaya çıkış biçimi, yani hukukun toplum hayatında aldığı biçim anlamında kullanılır. Bundan amaç, devletin hukuk yaratma iradesinin, buna uymak zorunda olan kişiler ile uyulmasını sağlamakla görevli olan kişiler yönünden ortaya çıkmasını sağlayan araçlardır. Kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi. Keza hukukunun bu anlamdaki kaynağı konusunda "kanunilik ilkesi" hakimdir¹¹.

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralına bugün doktrinde verilen anlam şudur: Ceza hukukunun esasını yalnız kanundur. Bu nedenle “kıyaslama”, hukukun genel ilkeleri, gelenek ve görenek”e ceza hukukunda yer verilemez¹². Hem Anayasa ile belirlenmiş ve hem de ceza kanunu ile yasalaşmış olan kanunilik ilkesi ceza hukukunun hukuk devletine uygunluğunun bir garantisidir¹³. Ceza Hukukunda

¹¹ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım.(Ankara:Savaş Yayınevi, 2006) 37.

¹² Faruk Erem, Ahmet Danışman, ve Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 14. Baskı,1997) 92.

¹³ Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi Cilt I.(İzmir: 2006) 179.

Kanunilik ilkesi, diğer bütün hukuk dallarından daha güçlüdür ve bu dalın temelini oluşturmaktadır¹⁴.

Ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi, hangi davranışların suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmesi ve bu suç işleyenlerin görecekları yaptırımların kanun tarafından önceden belirlenmesidir. Bu şekilde yasak davranışın önceden gösterilmesi suretiyle, kişi özgürlüğünün sınırları önceden belirlenmiş olmaktadır. Görüldüğü gibi kanunilik ilkesi iki önemli anlamı bulunmaktadır. Birincisi, hangi davranışın suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmesi “suçta kanunilik” veya “kanunsuz suç olmaz” (nullum crimensine lege) ve ikincisi, kanunun suç saydığı bir fiilin yaptırımın önceden kanun tarafında gösterilmesi “cezada kanunilik” (nulla poena sine lege)’dir¹⁵. Başka bir deyişle kanunun açıkça yasaklamadığı her fiil meşrudur. Fiilin suç olarak gösterilmesi yetmez bunun karşılığında bir cezanın da gösterilmesi gerekir. Kanunda gösterilenden başka bir ceza tayin edilemez¹⁶.

Ceza müeyyidesi ile karşılanan ve suç adı verilen hareketlerin kanun tarafından tayin edilmesi ve keza yasak eylemlere ancak kanunların gösterdiği cezaların uygulanabilmesi çağdaş kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir. Bu ilke sayesinde Ceza hukuku sosyal savunmayı sağlayıcı amacı ile ferdi koruyucu maksadını bağdaştırabilmektedir. İlkenin esas ve mantığı, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanır. Zira ancak bu suretle kişi, hareketlerini düzenlemek imkânını bulabilir ve yine ancak bu şartla kişiyi işlemiş bulunduğu fiilden dolayı kusurlu saymak mümkün olabilir. Kanunilik ilkesi böylece toplum ve bireyin yararlarını dengelemektedir¹⁷.

Modem ceza hukukunun dayandığı temel ilkelerden biri olan kanunilik ilkesi, basit bir sorunla ilgilidir. Suç, kanunun suç olarak öngördüğü bir fiil midir, yoksa antisosyal bir fiil midir? Bu sorun, ceza hukukunda kesinlik ile adalet gerekleri ve bireysel özgürlüklerin garanti altına alınması ile sosyal

¹⁴ Dönmezer/Erman 17.

¹⁵ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 4. Bası) 112.

¹⁶ Hakan Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları.(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2005)34.

¹⁷ Dönmezer/Erman 17.

savunma istekleri arasındaki ikilemi oluşturmaktadır. Ceza hukuku, uygar bir sosyal hayat için gerekli olan bu iki ayrı değerler düzeni arasında, sürekli biçimde bir denge noktası arayışı içindedir. Gerçekten de, birey ile devlet ve ceza hukuku ilişkileri yönünden iki temel ilke, tarihi boyunca ceza hukukunu etkilemiştir. bunlardan biri "biçimsel kanunilik ilkesi" diğeri ise "öze ilişkin (maddî) kanunilik ilkesi"dir¹⁸.

Biçimsel kanunilik ilkesi, işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırmak ve kanun tarafından açıkça tesbit edilmeyen bir ceza ile cezalandırmak yasağı, yani latince deyimini ile "nullum erimen, nulla poena sine lege" ilkesini ifade eder. Söz konusu ilke suçun biçimsel anlayışına dayanmaktadır. Buna göre sadece kanun tarafından suç olarak öngörüleni suç kabul etmek gerekmektedir. Suçun biçimsel anlayışının iki temel sonucu vardır: a) Antisosyal olsalar bile kanunun açıkça suç saymadığı hareketler cezalandırmaz ve b) kanunun açıkça suç saydığı hareketler, sosyal yönden tehlikeli olmasalar bile cezalandırılır. Şu halde fiile suç olma özelliğini veren, kanunun onu açıkça öngörmüş olması ve yine kanunun onun için, tesbit ettiği müeyyidenin cezaî nitelik taşımasıdır.

Toplum düzeninin kınadığı davranışların cezalandırılması, kanuna değer atfedilmemesi durumunda ceza hukukunun bu zamana kadar kat ettiği mesafelerden tekrar başa dönüş denemektir. Her yönetici veya idareye karşı değişecek, toplumun her kesiminde farklı algılanan kınanabilirlik, bireylerde tam bir güvensizlik oluşmasına neden olacak ve toplumsal kargaşanın başlangıcı olacaktır.

Öze ilişkin kanunilik ilkesi" ise, biçimsel kanuniliğin aksine, kanunda açıkça suç olarak öngörülmemiş olsalar bile, antisosyal fiillerin suç sayılmaları ve bu tür fiillere amaca uygun cezaların uygulanması gerektiği anlamına gelir. Söz konusu ilke suçun öze ilişkin (maddî) anlayışına dayanır. Bu anlayışa göre, belirli bir tip devletin sosyal düzenini ihlâl eden hareketler suç sayılmalıdır. Bundan da iki sonuç çıkmaktadır: a) Kanun tarafından açıkça suç haline getirilmiş olmasalar bile, sosyal yönden tehlikeli olan hareketler cezalandırılabilir hareketlerdir, b) buna karşılık

¹⁸ Toroslu 38.

kanun tarafından suç sayılsalar bile, sosyal yönden tehlikeli olmayan hareketler cezalandırılmaz hareketlerdir. Fiile suç olma özelliğini veren onun sosyal tehlikeliliğidir.

Öyleyse hangi davranışları suç, bu suç olarak belirlediğimiz davranışların hangilerini ne tür yaptırımlar uygulayacağız?

Suç, tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu bir insan davranışı olarak tarif edilir. İşlenmiş bir fiilin ceza kanununda yapılmış bulunan suç tanımına uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir. Cezayı gerekli kılan haksızlığın şekillerini belirleyen kanundaki nitelendirmeye tipiklik denir. Hukuka aykırılık ceza hukukuna değil tüm hukuk düzenine aykırılıktır. Suç tipinin gerçekleşmesi ile birlikte hukuka aykırılıkta gerçekleşir. Bu bakımdan fiilin tipe uygunluğu, aynı zamanda hukuka aykırılık için bir belirtidir. Kusurluluk, failin hukuka uygun hareket edebilme olanağına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle kınanabilmesidir¹⁹. Suç toplumsal bir olay olunca çeşitli bilim dallarının konusu olmuştur. Suç sosyolojik ve kriminolojik olarak tanımlanmıştır. Suç toplumun değer verdiği yararları tahammül edilemeyecek zarar ve tehlikenin yaratılmasıdır. Buna rağmen ceza hukukunda suçu diğer hukuk dallarından ayıran tanım tipe uygun, hukuka aykırı kusurlu harekettir²⁰. Toplumsal açıdan bakılacak olursa bir fiilin suç sayılıp sayılmaması esas itibari ile kamu oyuna, kamunun hükmüne bağlıdır. Toplumsal nizamı bozan fiiller suç sayılmıştır. Bu nedenle suç toplumsal bir olaydır. Suç ceza felsefesi kavramı olarak, toplumun manevi kurallarının ihlal edilmesidir. Hukuki açıdan, devletin nizamı içerisinde kendisine netice ve müeyyide olarak ceza konulmuş olan bir fiildir²¹. Ceza hukuku anlamında suç kavramı kanun tarafından ceza yaptırımı ile tehdit edilen bütün hareketler anlaşılır. Daha doğru ifade ile suç ceza hukuku sonuçları olan hareketlere suç denilir²².

¹⁹ Öztürk/Erdem 109-182.

²⁰ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I (İstanbul: 1991) 6.

²¹ Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (İstanbul: Kazancı Yayınları, 5. Bası, 1988) 3-4.

²² Timur Demirbaş, Kriminoloji.(Ankara : Seçkin Yayınevi, 2005) 40.

Ceza ise kanunla konulabilen; amacı, suç işlendiği yargısal bir karar ile sabit olan kimseyi yine yargısal bir kararla kusurun karşılığı olarak bazı yoksunluklara tabi kılarak ıslâh etmek (özel önleme) ve genel önlemeyi temin etmek olan korkutucu yaptırıma ceza denir²³. İyi bir ceza insan haysiyetine uygun olmalıdır, yalnızca suçluya tesir etmelidir, bölünebilir olmalıdır, tamiri ve geri alınabilmesi mümkün olmalıdır. Amacı suçun karşılığı olması, genel önleme(korkutarak başkaların suç işlenmesinin önleme), failin uslandırması(özel önleme) olmalıdır²⁴.

Başka bir deyişle ceza maddi bakımdan iki safhada ortaya çıkmaktadır. Ceza tehdidi aşaması yani ceza normlarını ihlal edenlere, devlet tarafından, hukuk vasıtasıyla yüklenen cezanın korkutuculuğudur. Bu aşamada zarar tehlikesi doğuran bir fiildir. Ceza bu aşamada korkutarak önlemektedir. İkinci aşama ise ceza tehdidinin gerçekleşmesi veya cezanın verilmesidir. Yani mahiyeti itibari ile bir fiil olup devletin iradesinin bir tezahürüdür, devletten gelen bir hukuki tepkidir²⁵.

Ceza hukuku, kişi hak ve hürriyetleri üzerinde en fazla etkisi olan bir hukuk disiplini. Bu nedenledir ki, ceza hukuku uygulamasında kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına almaya yönelik olarak, bazı prensipler kabul edilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi, bu kapsamda üzerinde durulması gereken iki ana prensibi oluşturmaktadır. Ceza hukuku kurallarının yorumu ile kıyas arasındaki sınırın belirlenmesi, bu güvencenin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

Bu nedenle bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. Anayasada temel hak ve özgürlük alanının, KHK düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de bu garantinin ifadesidir²⁶.

²³ Öztürk/Erdem 279.

²⁴ Öztürk/Erdem 279; Önder 12.

²⁵ Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu (Ankara: İkinci Baskı, 1996) 174-175

²⁶ Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, (Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını) 104.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, aydınlanmadan önceki dönemlerde hakimlerin sınır tanımayan keyfi davranışlarına karşı duyulan tepkinin sonucudur. Bu yüzden aydınlanma çağının birçok düşünürleri hakimlerin kanunların yorum yetkisine bile açıkça karşı çıkmışlardır. Montesquieu, hakimi, kanunun basit bir uygulayıcısı, bir aracısı durumuna indirme eğilimindeydi²⁷. Ancak bu düşünceyle hareket edilmesi çok basit bir düşünce işlemidir.

Kanunilik ilkesi teorik bir ilke değildir; AY 38. maddesiyle YTCK'nın 2. maddesinde ve 1954'te usulüne uygun olarak yürürlüğe sokularak doğrudan doğruya uygulanabilen kanun haline gelen ve AY m. 90/son'a göre de anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülemeyen AİHS m. 7/1 ve MvSHS m. 15/1' de açıkça yer almıştır. YTCK, ETCK'dan farklı olarak 1982 Anayasası gibi kanunilik ilkesine hem ceza, hem de güvenlik tedbirleri bakımından yer vermiştir. Bu şekilde kanun ile anayasa arasındaki çelişki giderilmiş, uygulamadaki tereddütler ortadan kaldırılmış bulunmaktadır²⁸.

İlkeye bir başka açıdan şu anlam verilebilir: Yasada gösterilmeyen bir fiil suç oluşturmaz (nullum erimen sine lege); suça ancak yasada gösterilen ceza uygulanabilir (nulla poena sine lege). Böylece hakim, eylemleri suç sayma ve cezalandırma yetkisi sınırlandırılmış, bir yerde keyfilik önlenmiş olur. Diğer yandan, bireyler de hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini önceden öğrenme ve buna göre davranma olanağına kavuşurlar; bu da onlar için güvence demektir. Nihayet ilke yasa koyucuyu nasıl bir ceza kanunu yapması gerektiği konusunda da yönlendirmiş olur²⁹.

Yani kişi özgürlüklerinin güvence altına alındığı demokratik hukuk toplumlarında, ceza içeren kanunların suçu bütün unsurları ile, diğer taraftan de bu suç nedeni ile uygulanacak ceza miktarının açıkça kanunlarda gösterilmesi gerekir. Bunun aksinden çıkan sonuç ise bir eylem eğer kanunlarda açıkça suç olarak

²⁷ Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu I. Cilt.(Ankara: Seçkin Yayınevi 1998) 23.

²⁸ Öztürk/Erdem 39.

²⁹ Özbek 179.

düzenlenmemiş ise toplum tarafından kınana bilmesine rağmen devlet otoritesi tarafından herhangi bir cezaya muhatap olunmamasıdır.

Kökleri, hukuk devleti, siyasal liberalizm, demokrasi, güçler ayrılığı, genel önleme ve kusursuz suç ve ceza olmaz ilkelerinde bulan bu ilke sayesinde, bir toplumda yaşayan insanların neyin yasak (suç) neyin serbest olduğunu önceden öğrenebilmekte ve iradeleriyle yasağı veya serbest olanı seçebilmekte ve bunun sonuçlarına da baştan razı olmaktadır.³⁰

Yine bu ilke, özgürlükleri sosyal yaşamı mümkün kılmak amacıyla kısmak demek olan suç ve ceza koyma işinin yalnızca yasa koyucuya ait bir iş olduğunu, yürütmenin ve idarenin böyle bir yetkisinin bulunmadığını, örf ve adet ile de suç ve ceza yaratılmayacağını göstermektedir. Bilindiği gibi, diğerlerinin yanında temel hak ve özgürlüklerin bir başka garantörü Parlamentodur. Halkın seçtiği temsilcilerden oluşan TBMM, nisbi temsilin gereğini yapıp, hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun olarak, bizim hak ve özgürlüklerimizin takipçisi olacak ve onları koruyup geliştirecektir. Parlatmentonun bu yetkisinin yürütmeye aktarılması temel hak ve özgürlükler bakımından büyük bir tehlike oluşturur ve bu, güçler aykırılığı ilkesine de aykırıdır. Bilindiği gibi anayasaya göre yasama yetkisi devredilemez. (AY m.7).

Suçta kanunilik ilkesi gereğince, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Cezada kanunilik ilkesi gereğince, hiç kimse belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmeven bir ceza ile ya da kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz. Keza, kanunun açıkça cezayı arttırıcı bir neden olarak öngörmediği bir husustan dolayı da kimsenin cezası arttırılmaz. Gerçekten de YTCK bazı maddelerinde suçun işleniş şekli veya failden kaynaklanan bazı durumları(müessir fiilin eşe karşı işlenmesi, hırsızlığın gece vakti yapılması gibi) arttırım sebebi öngörmüştür. Bu sebeplerin birinin varlığı halinde hâkim ancak arttırım uygulayabilir. Aksini kabul hâkimin kendisini yasa koyucu yerine koyarak parlamentoya verilmiş bir yetkinin gasp edilerek kullanılması anlamına gelir. Ceza

³⁰ Öztürk/Erdem 41.

yargılama sisteminde uygulayıcı kanun kendisine vermediği bir ceza artırım ve indirim uygulaması yapamayacaktır.

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukukî değerlerin açık ve bilinçli bir ihlâli veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Böylece, ancak esasen haksızlık teşkil eden insan davranışları, kanunlarda suç olarak tanımlanabilir. Esas itibarıyla hukuka aykırılık vasfı taşımayan, toplumsal hayat açısından vazgeçilmez değerlerin ihlali niteliği taşımayan insan davranışları, kanunlarda suç olarak tanımlanamazlar. Ceza hukukunun güvence fonksiyonu kapsamında söz konusu edilen kanun ile, ülkedeki anayasal düzen açısından teknik olarak kanun niteliği taşıyan yasama tasarrufları kastedilmektedir.

Kanunilik ilkesi bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma fonksiyonunun yanında en sert biçimde uygulayıcılara da hitap etmektedir. Bu yönden uygulayıcılar(hâkim-savcılar) yasa ile bağılıdır. Aynı zamanda yasayı uygulayıcı kanuni dayanak sayesinde rahat hüküm verebilir. Aksini kabul hâkimin her somut olaya kanun yaratması anlamına gelir. En güzel normların dahi konulması bir ülkede kanunilik ilkesinin ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olduğu anlamına gelmez. Normun yanında bu ilkenin uygulayıcılar tarafından ulusal ve uluslar arası boyutu ile algılanıp hayata geçirilebilmesidir.

Yasallık ilkesi özgürlükçü demokrasinin vazgeçilmez ögesidir. Yargıç her şeyden önce yazılı hukuka göre karar verir. Eski yargı kararları bile yalnızca onun için bir düşüncedir. Yazılı hukuk yargıcı zorlar, yargıç yazılı hukukun ve yasanın üstünde olamaz. Yasa yargıcın hukuk anlayışına uygun olmasa dahi onu uygulamak zorundadır³¹. Bu ilkenin demokrasi bakımından da önem arz etmektedir. Gerçekten de egemenliğin kaynağı halk olduğuna göre suç ve cezalar da halkın temsilcisi olan kanun koyucu tarafından tespit edilmelidir³². Halkın iradesinin yansıyış biçimleri farklı olabilir. Her ülkenin rejimine göre bu farklılık arz edebilir. Önemli olan yasama iradesinin kaynağının halka dayanmasıdır.

³¹ Sami Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne. (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1998) 100.

³² Hakeri 35.

Kanunsuz ceza olmaz kaidesi bazı kanunlarda diğerk kaide ile birlikte ifade edildiği görölmektedir. Suç işlendiği zamanda vazedilmemiş olan cezalarla kimse cezalandırılmaz. Bu ilke kanunsuz ceza olmaz kaidesi ile ceza kanunlarının geçmişe tesir etmemesi ilkesinin birlikte düzenlenmesidir. Bu ilke ceza hukukunun gelişiminde, aynı fikir cereyanlarından mülhem olarak ortaya çıktığı aşikar olmakla beraber, teknik bakımdan iki ayrı kaide olduğu muhakkaktır. Bu bakımında her iki kaidenin ayrı düzenlemesi gerekmektedir. Bu nedenle anayasanın “kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz ibaresi teknik bakımından kusurludur³³.

Temel hak ve özgürlüklere meşru müdahalelerin dahi yasa ile düzenlenmesi ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olmuştur. Bu ilke ceza hukuku ile bağlantılı veya özünde bu özgürlüklere dokunması nedeniyle cezai özellik arz eden hukukun diğerk alanlarında da yasa ile düzenlenmesi gerekir. Bu unsur demokratik toplumun ve hukuk devletinin zorunlu ögesidir. Gerçekten de Anayasanın 73. maddenin 3. fıkrasında şu hüküm yer almıştır: Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Görüldüğü üzere mal varlığını doğrudan etkileyen bu şekilde kişilerin çalışma ve servet edinme hakkına müdahale eden bu düzenlemenin yasa ile yapılması gerektiğini anayasa düzenlemiştir. Aynı ilkenin idarenin yasallığı, güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulması, disiplin cezalarının kanunda belirtilen hallerden ibaret olması bunun bir kanıtıdır.

2.2. Tarihsel Gelişimi

2.2.1. Batıda

Kanunilik ilkesi, ceza hukuku tarihinde oldukça sonraları ortaya çıkmıştır. Çünkü ceza hukukunda uzun yıllar keyfilik geçerliydi. İşte kanunilik keyfi uygulamalara tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar, kanunilik ilkesinin ilk defa 1215 tarihli Magna Carta’da yer aldığını iddia etmekte iseler de, söz konusu belge, kral karşısında derebeylere kişi güvenliği ve tabi hakim ilkesi sağladığından

³³ Faruk Erem. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayınevi, 12.Bası, 1984.)76.

eleştirilmektedir³⁴. 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'un 39. maddesine göre kral Yurtsuz John yöresel bir kanun bulunmadıkça hiçbir özgür kişinin cezalandırılmayacağı konusunda garanti vermiştir. Fakat Magna Carta'daki bu ilkenin maddî hukuktan çok, muhakeme hukukunu ilgilendirdiği ve bu nedenle suçta ve cezada kanunilik esasını tam olarak belirtmediği ileri sürülmektedir³⁵.

Roma Hukuku ve Orta Zamanlar Romanist Hukuk, belirli bir çerçevede geriye etki yasağını tanımakta idi. Ancak örf ve adet hukukuna ve hakimin takdirine bağlı olarak cezalandırılma alışlagelen bir durum olduğu için, bu dönemde bugünkü anlamda kanunilik ilkesinin kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Öte yandan Carolina, her ne kadar m. 104 ve 105 de esas itibariyle yazılı hukuka göndermede bulunmuş ise de, cezanın tür ve ağırlığı örf ve adete ve hakimin takdirine bırakılmış, aynı zamanda yazılı hukukun kıyas yoluyla uygulanmasına da olanak tanımıştır. Bu yolla ortaya çıkan keyfilik ve güvensizlik, nihayet 17 ve 18 yüzyıllarda başlayan kodifikasyon hareketlerinin de dayanağını oluşturan düşünürlerin etkisi ile ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda söz gelimi ünlü Alman ceza hukukçusu Feuerbach'ın kurduğu “psikolojik zorlama teorisinde” yasak olanın önceden belirlenmesi bir yer tutmaktadır. Çünkü ceza tehditi yoluyla bireyleri belirli bir davranışta bulunmaya zorlamak, hangi tür davranışın cezayı gerektirdiğinin önceden bilinmesini zorunlu kılmaktadır. Hemen belirtelim ki başlangıçta devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak düşüncesi arka planda kalmış, daha çok mutlakiyetçi krallara, hakimlerin iradelerini olabildiğince kapsamlı bir biçimde kabul ettirilmeleri olanağının verilmesi amacı güdülmüştür.³⁶

Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı uzun bir aşamadan sonra bugünkü anlamını almıştır. Kurala bugünkü anlamını veren fikri gelişim 18. yüzyılda başladığı, kuralın açık bir şekilde ortaya konulmasında Montesquieu'nun büyük katkılarının bulunduğu, devletin kudreti ile bireyin özgürlüğü arasındaki hududun ancak kanun tarafından çizilebileceği, bireyin kanunun yasaklamadığı her şeyi yapabileceği yolundaki görüşü ile, üç kuvvetin ayrılığı kuramı, kuralın esası

³⁴ Demirtaş 113.

³⁵ İçel/Donay 74.

³⁶ Öztürk/Erdem 42; Önder 106.

oluşturulmuş, Beccaria tarafından daha geniş bir biçimde açıklanmış³⁷, Kanunilik ilkesi, ilk defa 1776 Amerikan Anayasalarında (Virginia, Maryland) yer almıştır.³⁸ Gerçekten bu metinlerde «ex post. facto-laıv» yasağı, yani hukukun geçmişe yürürlü olarak uygulanmasının yasaklanması öngörülmüş ve böylece suçta kanunilik ilkesinin en önemli bir ögesi anayasal kural durumuna getirilmiştir. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 7. maddesi ise «hiç kimse önceden yayınlanmış bir kanuna göre suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmaz» diyerek, ceza kanunlarının güvence fonksiyonunu açıkça belirtmiştir. Beyannamedeki bu hükümler 3 Eylül 1791 tarihli Anayasa'nın başlangıç hükümlerine alınmış ve daha sonra bu ilke 1791 ve 1810 Ceza Kanunlarına aktarılmıştır. İşte, ilkenin Kara Avrupa'sı yasalarında yer alışı bundan sonra gerçekleşebilmiştir³⁹.

İlkenin 18. yüzyılın sonunda hukukî biçimde açıklanmış bulunmasını, hiç şüphesiz o zamana kadar uygulanmakta bulunan ceza usullerinde şiddete ve suiistimallere karşı gösterilen bir tepki şeklinde anlamak gerekir. Gerçekten bu dönemlerde de hâkim yeni cezalar icat edemezdi ve cezalar arasından, kendisince en uygun görüneni seçebilirdi. İşte cezalardaki şiddeti ortadan kaldırmak maksadıyla ki, suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesi ortaya çıkmıştır. Yine bu sebeple, yani prensipin bir tepki olarak ortaya çıkmış bulunması sebebiyle kanunilik ilkesi önceleri çok dar olarak alınmış, âdeta hâkim için sadece mekanik bir rol kabul edilmiştir; meselâ 1782 yılında yapılan bir Alman tasarısı, hükümdar tarafından izin verilmediği hallerde, ceza kanunlarının yorumlanmasını para ve hapis cezaları ile cezalandırmıştır. Bu çeşit ifratlar zamanla ortadan kalkmış ve bütün 19. ve 20. yüzyılın ilk dörtte biri süresince Ceza hukuku sabit ve kesin esaslar üzerinde

³⁷ Beccaria göre yargıçlar kanunları yorumlamak iktidarına sahip değillerdir, çünkü yargıç kanun koyucu değildir. Yargıcın görevi bir kimsenin kanuna aykırı bir fiil işleyip işlemediğini belirlemekten ibarettir. Kanunun ruhuna göre uygulaması kadar tehlikeli bir şey olamaz. Her insanın başka bir görüşü vardır hatta her insanın görüşü her zaman aynı değildir. O halde kanunun ruhu, bir yargıcın iyi veya kötü mantığına göre değişecektir. Ceza Kanununa aynen uymadan doğacak bir düzensizlik, yorundan doğan düzensizlikle karşılaştırılmaz bile(Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, a.ge. s. 94, Ayrıntılı bilgi için bakınız Beccaria, Dei delittie delle pene, “interpretazione della legge” çeviren Muhittin Köklü, Suç ve Cezalar yahut beşeriyetin mecellesi, İstanbul, 1950); Erem 77.

³⁸ Demirtaş 113; Özbek 179.

³⁹ İçel/Süheyl 74.

kurulmuş iken, 1. Dünya Savaşından sonra Doktrin alanında prensipe karşı bir takım itirazlar ileri sürülmüş ve bunlar bazı ülkelerde mevzuatta da yankılarını bulmuştur⁴⁰.

1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisininin 11. maddesinin 2. bendi ve ülkemizin 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı kanunla katıldığı Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesininin (MvSHS) 7. maddesi de suçta kanunilik ilkesini uluslararası düzeye çıkarmışlardır. Kanunilik ilkesinin Devletler Hukuku alanında da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, 12.8.1949 tarihli «Savaş Zamanında Sivil Halkın Korunması Hakkında Cenevre Andlaşmasının (12. m.), işgal kuvvetlerince konulan suç ve ceza hükümlerinin, ancak işgal olunan devlet halkının kendi dillerinde bu hükümleri öğrenebilmeleri amacı ile yayınlanmaları durumunda yürürlüğe gireceği ve geçmişe uygulanamayacakları öngörülmüştür⁴¹.

Çeşitli mekteplerin düşüncesi açısından ilkeye bakıldığında ise klasik mekteb ilkeyi ceza hukukunun temellerinden biri haline getirmiştir. Mektebe göre her şeyden önce bu ilke ferde siyasi hürriyetini temin etmekte, her kudretin kanundan geldiğini kabul etmektedir ve kaide kefarete esasına dayanan bir adaletin tahakkuku için zaruri bulunmaktadır. Klasik mektebe göre ceza vermenin esası kefalettir ve bu esas ancak her suçun karşılığı acının(=cezanın) ne olduğunun evvelden bilinmekle tahakkuk edebilir. Pozitivist mektep ise bu kaideyi hukuki bir prensip olarak kabul etmemektedir. Pozitivistlere göre suçluyu suçu işlemeden evvel onun neticelerini hesaplayan normal bir insan saymak hatalıdır. Suç serbest iradenin durumu değildir. Marazi bir durumdur. Bu nedenle cezanın genel önleme hassası müessir değildir. Özel önleme hassası mevcut olabilir ve gaye cemiyeti korumadır. O halde yargıcın bu kaideye mutlak bağlılığı özel önleme ve cemiyeti koruma unsurları ile her zaman telif edilemez. Bununla beraber pozitivistler arasında kıyaslama yasağının kabul etmeyenler çok azdır⁴².

⁴⁰ Dönmezer/Erman 22.

⁴¹ İçel/Donay 74.

⁴² Erem 78.

2.2.2. Türk Mevzuatında

2.2.2.1. Osmanlı Devletinde

Batıda 18. yüzyılın sonuna kadar sürmüş bulunan suçla ve cezada keyfîlik uygulamasının, doğuda ve memleketimizdeki gelişmesi farklı olmuştur. İslâm hukuku kaynakları, bazı suçları ve cezalarını göstermiş, hadleri tâyin etmiştir. Prensipler, güvencesini Allah'ın emir ve iradesinde bulduğundan, kanunilik ilkesi bakımından İslâm hukukunun dikkati çekici olduğunu söylemek gerekir. Ancak Fıkıhın ukubat bahsine ait hükümler, topluma zarar verici eylemlerin bütünü ihtiva etmediğinden ülülemez, hakkında belirli bir ukubet, bir haddi şer'i bulunmayan fiillerden dolayı tâzir hakkına dayanarak, ceza tertip edebilmiştir. Söz konusu tâzir hakkına dayanılarak, Osmanlı İmparatorluğunda yayınlanmış bazı kanunlar varsa da, bunlar belirli olayları kapsayıcı (Casuistique) nitelik taşımış ve bu kanunların kapsamadığı fiil ve hareketler hakkında da, somut olayda tâzir hakkına dayanılarak cezalar verilmiş, böylece kanunilik ilkesinin olumlu yönüne uyulmuşsa da, olumsuz yönü tamamıyla bir kenara bırakılmıştır. Ancak bu gibi keyfî esaslara dayanılarak müeyyidelerin uygulanması, bizde daha çok siyasal uygulama şeklinde gözükmiştir⁴³.

Osmanlı Devletinde Tanzimattan önceki dönemde ilmi esaslardan yoksun, İslam Hukukuna da aykırı hükümler ihtiva eden bazı kanunlar çıkarılmıştır. Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesi üç fasıl ve 28 maddeden oluşmuş, 1. fasıl zina, 2. fasıl müessir fiil, 3. fasıl ise sarhoş edici maddelerin içilmesini ve hayvan hırsızlığını yasaklamaktadır. Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesinde de zina, müessir fiil, öldürme, sarhoşluk, kız ve erkek kaçırma, zorla nikâh, cebirle boşatıp nikah etme, esir çalma, dükkan açma, hırsızlık, pezevenklik, hırsızlık mallarının kullanılması, yangın çıkarma suç olarak sayılmıştır. Bosna Kanunnamesi Kanuni Sultan Süleyman kanunnamesindeki suçlar tanımlanmış ek olarak yalan şahadet, iftira, iddet müddeti

⁴³ Dönmezer/Erman 30; İçel/Donay 79.

dolmadan önce nikah kıyma da suç olarak düzenlenmiştir. IV. Mehmet Kanunnamesi daha çok şu an belediye mevzuatında yer olan suçlara ağırlık vermiştir⁴⁴.

1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayununda, cezada kanunilik ilkesine yollama yapılmış ve kanunilik ilkesinden söz eden ilk metin olmuştur. Ancak suçta kanunilik ilkesine ne burada ne de 1840, 1851, 1858 Ceza Kanununda açıkça yer verilmemiştir. 1876 Anayasası madde 10'da hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz" şeklinde kanunilik ilkesine ilk defa açık bir şekilde yer verilmekle birlikte, 1909. maddenin ikinci cümlesi "hiç kimse şer ve kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile tevkif ve mücazat olunamaz" şeklini almak ve bu şekilde şeriatın yasakladığı fiillerden dolayı da cezalandırmaya imkan tanımak sureti ile, kanunilik ilkesini zayıflatmıştır. Aslında, Anayasanın 113 maddesinde yer alan Hükümetin emniyetini ihlal ettikleri idare-i zabitanın tahkikatı mevsukası üzerinde sabit olanların memaliki mahrusa-ı şahanedan ihraç ve teb'id münhasıran Zat-ı Hazreti Padişahinin yedi iktidarındadır" hükmü karşısında m. 10 işlevinin yitirdiği söylenebilir⁴⁵.

2.2.2.2. Hukukumuzda Kanunilik İlkesi

1924 Teşkilâtı Esasiye Kanununda suçta kanunilik prensipini açıkça belirten bir hüküm yoktur. Ancak bu kanunun 68. maddesinin 3. fıkrasında "hukuku tahliyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle teshit ve tâyin edilir" denilmiştir. Suçlar, kişi özgürlüklerinin sınırlandırılmasını ifade ettiklerinden 68. maddenin, dolayısıyla, suçta kanunilik prensipini de kapsadığı söylenebilir. Bu itibarla 1924 Anayasamızın sisteminde de suçta kanunilik prensipinin Türk iç hukuku bakımından bir anayasa hukuku prensibi olduğunu açıklamakta hata yoktur⁴⁶. Ancak «kanunen muayyen olan ahval ve eşkâlden başka bir suretle hiç kimse derdest ve tevkif edilemez» hükmünü içeren bu madde yakalama ve tutuklamada yasal güvenceyi sağlamak amacına yönelik bulunduğundan suçta ve cezada kanunilik

⁴⁴ Önder 74-75.

⁴⁵ Demirtaş 113; Dönmezer/Erman 30.

⁴⁶ Dönmezer /Erman 31.

ilkesi ile ilgili değildir. Kişisel özgürlüklerin sınırlandırılmasını sonuçlayan suçların, bu hüküm gereğince ancak kanunla saptanması gerekmektedir. Bu nedenle, 68. maddenin dolaylı biçimde de olsa suçta kanunilik ilkesini içerdiği söylenebilir⁴⁷.

1961 Anayasamızın 33. maddesi ise suçta ve cezada kanunilik prensipini ve 1982 Anayasasının 38. maddesinde, mülga 765 TCK 1 ve 5237 sayılı TCK 2. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir.

Anayasaya göre “kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”(Anayasa m. 38).

İlke, anayasal güvence altında olduğu için yasa koyucunun tasarruf yetkisi dışındadır ve ilkeye yönelik aykırılık anayasaya aykırılığı ve dolayısı ile ilkeye aykırı düşen yasanın iptali gerekir⁴⁸. 1982 Anayasası idareye kişi özgürlüğünü sınırlayacak yaptırım uygulama yetkisini tanımamaktadır. Yasama organında yapacağı düzenlemelerle kişi hürriyetini sınırlayacak bir yaptırım uygulama yetkisini vermemelidir. Yasama işleminin uzun sürmesi ve hantal işleyişi idareye güncel sorunları çözme adı altında kişi hürriyetini ilgilendiren alanlarda ceza uygulama yetkisini haklı kılamaz.

YTCK m. 2'ye göre “ (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza

⁴⁷ İçel/Donay 80.

⁴⁸ Öztürk/Erdem 40.

içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”⁴⁹

YTCK'nun “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesinde, ilkenin, suç, ceza ve güvenlik tedbirleri bakımından vurgulandığı gibi, belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Anayasada, bu prensibi bir ceza hukuku yaptırımı olan güvenlik tedbirleri açısından da geçerli olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir (m. 38, f. 3). YTCK'nın 2. maddesinde de, Anayasanın bu hükmüne paralel düzenleme yapılmıştır. Ancak YTCK 2. madde de açıkça zamanaşımı konusunda bir düzenleme içermediği görülmektedir. Anayasanın 38. maddesinde açıkça düzenlendiğinden suç ve cezada kanunilik ilkesini zamanaşımı açısından da uygulamada tereddüt etmemek gerekir. Zamanaşımının suç ve ceza zamanaşımını kapsadığı aşikârdır.

⁴⁹ Gerekçe “Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.

Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.

Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus “ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.

Suçlar arasında cürüm ve kabahat ayrımı kaldırıldığı için, Tasarının “Suçlar, cürüm ve kabahattir.” şeklindeki ikinci fıkrası metinden çıkarılmıştır.”

YTCK'nın 2. maddesi Ceza Kanunu değil genel bir ifade olan kanun ibaresinin kullandığından, bu bakımdan 2. maddenin genel ifadesi ile “özel kanunlarla ilişki” başlıklı 5. madde hükmü birbirini tamamlamaktadır. Resmi Gazetede yayınlanan metin kanun metni sayılır⁵⁰. Ceza kanunlarımız incelendiğinde suç ve cezaların sadece temel ceza kanununda düzenlenmediği, bunun yanında birçok ceza kanununda suç ve ceza içeren hükümlere rastlanmaktadır. Bu özel kanunlarda sadece suç ve ceza konulmamakta hatta ceza kanunu genel kısımlarında yer alan teşebbüs, iştirak ve tekerrüre ilişkin hükümlere dahi yer verilmektedir. İşte bu kanunkoyucu uygulamadaki karmaşıklığı sona erdirmek için YTCK 5. maddesinde “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” düzenlemesine yer vermiştir. Ancak yasa yürürlüğe girdiği tarih itibari ile bu hükümlerin özel ceza kanunları ve ceza içeren hükümlere uygulanması ceza yargılama sistemini temelden etkileyecek değişikliklere neden olacağından 5252 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi gereğince 31.12.2008 tarihine kadar diğer kanunlardaki hükümlerin uygulanmasına devam edilecektir. Bu tarihe kadar kanun koyucu bu kanunlarda değişikliği yapacaktır.

Kanunilik ilkesinin bir unsuru veya doğal sonucu olan kanunların zaman bakımından uygulanması ise YTCK 7. maddede düzenlenmiştir. Bu madde de (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. (3) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./2.mad) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. (4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Lehe kanunun değerlendirilmesi açısından bu madde esas alınacaktır.

⁵⁰ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı TCK Yorumu(Ankara: 2007) 10.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu suç ve cezada kanunilik ilkesini açıkça düzenlenmemiştir. Ancak 1. maddesinde “Türk Ceza Kanununa göre cürüm ve cezalar hakkında umumi surette cari olan esaslar bu kanunda aksi yazılı olmadıkça askeri cürüm ve cezalar hakkında da uygulanır.” şeklinde yasal düzenlemeye yer vermiştir⁵¹. Yani TCK geçerli olan suç ve cezada kanunilik ilkesi aynen Askeri Ceza Kanununda da geçerlidir. Zaten YTCK 5. maddesi gereğince kanunun genel hükümleri diğer ceza hukuku alanında da geçerli olacaktır. Ayrıca ACK birçok maddesinde (teşebbüs m. 40, iştirak m. 41, ceza ehliyetini kaldıran haller m. 44) Türk Ceza Kanununa yollama yapmıştır.

2.2.3. Mukayeseli Hukukta İlkenin Görünümü

Mukayeseli hukuk bakımından çeşitli memleketlerin mevzuatı, kanunilik prensibini, tamamlayıcı diğer prensiplerle birlikte, kabul etmiştir; bu ilke sözelimi 1930 İtalyan kanununun 1., Polonya Kanunu’nun 6., 1933 Letonya Kanunu’nun 1., Brezilya Kanunu’nun 1., 1941 İsviçre Kanunu’nun 1. maddelerinde ifade edilmiştir⁵².

Mevzuat bakımından ilkeye ilk aykırılık 1866 Danimarka Ceza Kanunu’nun 1. maddesiyle gerçekleşmiş, daha sonra 1930 Danimarka Ceza Kanunu maddeyi yine 1. madde olarak aynen tekrarlamıştır. Madde şöyledir: "ancak, kanunun açık olarak gösterdiği veya kanunun gösterdiği fiillere tamamıyla benzetilebilir nitelikteki, hareketler cezalandırılabilir. Aynı kural 8 ve 9. fasıllarda tesbit olunan kanunî neticeler hakkında da uygulanır." Böylece Danimarka kanunu suçların sınırlarının kıyas yoluyla genişletilebilmesi esasını benimsemiş bulunmaktadır. Fakat bu hükme dayanılarak kapsamlı örneksemelere gidilemeyeceği de açıklanmaktadır⁵³.

Danimarka Kanununu, 1926 Sovyet Ceza Kanunu izlemiş ve bu kanun 16. maddesiyle kanunilik prensipini şöylece bertaraf etmiştir: "sosyal bakımdan zararlı bir hareket işbu kanun tarafından doğrudan doğruya öngörülmemiş ise, söz konusu

⁵¹ Orhan Çelen, Askeri Ceza Kanunu.(Ankara: Ekim 1999) 17

⁵² Dönmezer/Erman 24.

⁵³ İçel/Donay 76.

hareketten doğan mesuliyetin esası ve sınırı, aynı neviden suçlardan sözeden kanun maddelerine uygun bir şekilde saptanır." Keza 1926 Sovyetler Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 1. maddesi Sovyet adaletinin amacını şöylece tespit etmekte idi: "işçiler ve köylüler sosyalist devletin ve onun tarafından kurulmuş hukuk düzeninin, umumun iyiliğini tehdit eden fiil ve hareketlere karşı korunması". Yine aynı kanunun 2. maddesine göre hiç bir hâkimin "söz konusu fiil ve hareketlerin Ceza Kanununda ifade edilmediği yahut kanunun noksan veya karanlık bulunduğu veya kanunlar arasında çelişki bulunduğu gerekçesi ile" cezalandırılması gereken bu hareketleri cezasız bırakmak yetkisi yoktur. Bunun gibi, aynı kanunun, 3. maddesinin 3. paragrafına göre "Sosyal bakımdan tehlikeli olan fiiller, Ceza Kanunlarında öngörülmedikleri takdirde, sorumluluğun esas ve sınırları ile sosyal müdafaa tedbirleri mahkeme tarafından nitelik ve önemleri itibariyle kendilerine en çok benzeyip de Ceza Kanununda yer alan maddelere kıyasen tesbit olunur." şeklinde düzenlenmiştir. Sovyet kanununun bu hükümleri, rejimin esas maksadına bağlanmakta ve otoriter bir Devlet sisteminin gerekli bir aracı halini almakta idi; belirtilen hükümleri kanun haline getiren zihniyete göre, kanunilik prensipi bir burjuva prensipidir ve suç siyaseti bakımından büyük tehlike teşkil eder. Komünist Devletin endişesi ferdin korunması değil, aksine toplumun himayesidir. Bu sistem bireyci değil totaliterdir. Ancak Sovyet Rusya'da yürürlüğe giren 27 Ekim 1960 tarihli "Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Federe Cumhuriyetler Ceza Mevzuatı Esasları" adını taşıyan kanunun 3. maddesi, 1926 yılında başlayan ve NEP diye anılan sert diktatörlük politikasına son vermek amacı ile "Ancak Ceza Kanunu tarafından öngörülen sosyal bakımdan tehlikeli bir fiili kasıtlı olarak veya olmayarak işlemiş olan ve bu suretle bir suçtan dolayı sorumlu durumuna giren kimse cezaen sorumlu tutulabilir ve cezalandırılabilir" hükmü ile kanunilik prensipine dönmüş olduğu gibi, kıyası kabul eden eski kanunun 3. maddesinin 3. paragrafı da yeni kanunda yer almamıştır. Keza Bulgar ve Romen Ceza kanunlarında 1956'da yapılan değişikliklerle, kıyas yolu ile uygulama sistemine son verilmişti⁵⁴. Siyasal sistem değişikliği ile birlikte Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, Rusya'da hazırlanan yeni Ceza Kanunu da (yürürlüğe giriş tarihi 1.1.1997), vatandaşların kanun önünde eşitliği ilkesi (4. m.), kusur ilkesi (5. m.), adalet ilkesi (6. m.) gibi ilkelerle birlikte 3. maddesinde Kanunilik İlkesini açık

⁵⁴ Dönmezer/Erman 25; İçel/Donay 76.

ve net bir biçimde düzenlemiştir. Keza eski sosyalist ülkelerden Polonya'da 6.6.1997 tarihinde kabul edilip 1.9.1998 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza kanununun 1-3. maddeleri kanunilik ve kusur ilkelerini garanti altına almıştır⁵⁵.

Alman Ceza Kanunu da Naziler devrinde 28 Haziran 1935 yılında değiştirilmiş ve kanunun 2. maddesi ile Ceza hukukunda kıyas kabul edilmişti: "Kanunun cezalandırdığı yahut bir ceza kanununun esas fikrine, halkın saf ve salim takdirine (gesunden Volksempfinden) göre cezalandırılması gereken bir fiili işleyen kişi cezalandırılır. Eğer hiçbir kanun bu fiile doğrudan doğruya uygulanamıyorsa, fail, esas fikrinin en tam bir şekilde uyduğu kanuna göre cezalandırılır". İşte bu maddeye göre kıyas yoluyla kanununun genişletilmesi şu şartlara bağlı tutulmakta idi:1) Kıyas yoluyla yorum, kanun koyucunun belirttiği iradeye aykırı çözüm yollarına asla götürmemelidir. 2) Kanunun, açık olarak hedef tutmadığı bir hal hakkında kıyas yoluyla uygulanabilmesi için söz konusu genişletmenin, kanunun esas fikrine uygun olması gerekir. 2. Dünya savaşından sonra müttefikler tarafından Almanya'nın işgali ile nasyonal - sosyalist rejim tarihe karışınca, Müttefikler Kontrol Komisyonu 20 Eylül 1945, 30 Ocak 1946 ve 20 Haziran 1947 tarihli kanunlarla, Alman Ceza kanununu değiştirdi ve söz konusu hüküm de bütün diğer Hitler mevzuatı ile beraber böylece ortadan kalmış oldu⁵⁶.

Danimarka mevzuatının etkisi altında 5 Mart 1954 tarihli Groenland kanunu da kıyas yoluyla uygulama esasını kabul etmiştir. Kaldı ki, bu kanun, 86. maddesiyle cezada kanunilik prensipinin şiddetini esaslı şekilde azaltmış ve hâkimin bu maddede yazılı tedbirlerden herhangi birini suçlu hakkında hükmedebileceğini kabul etmiştir⁵⁷.

Anglo-Amerikan hukukunda ise özellikle müşterek hukuk (Com-mon Law) suçları yönünden suçta kanunilik ilkesinin söz konusu olmadığı görülmektedir. Fakat, müelliflerden bazıları müşterek hukuk suçlarının kabahatlerle sınırlı olduğunu

⁵⁵ İçel/Donay 77

⁵⁶ Dönmezer/Erman 26 ; İçel/Donay 76-77.

⁵⁷ Dönmezer/Erman 26.

ileri sürmekte, diğer suçların ise Amerika Birleşik Devletlerinde geniş çapta kanunlara dayandığını savunmaktadırlar⁵⁸.

1902 Norveç Ceza Kanunu ile belirmiş diğer bir akım da, cezada kıyas yoluyla uygulama esasını kabul etmemekle beraber, belirli bir kanun tekniği kullanılarak, kanunun çeşitli ihtimalleri kolaylıkla kapsayabilmesi imkânını sağlamak yolunu tutmuştur. Ceza kanunlarının sert ve kesin terimler yerine, müphem, yorum ve takdire elverişli, elâstikî tâbirler kullanması halinde, kanunilik prensipinin tabî bir sonucu olan suçluların kanun boşluklarından sıyrılmalarının ve, Von Liszt'in deyimi ile, ceza kanunlarının suçluların bir nevi Magna Charta'sı olmasının önüne geçilir denilmiştir. Bu görüş tarzı 1937 yılında, problemin görüşüldüğü Paris Ceza hukuku kongresi tarafından da kabul edilmiştir. Yine aynı mesele 1937 yılında La Haye'de toplanan Mukayeseli Hukuk kongresinde de tartışılmış ve prensipin muhafazası lehinde karar verilmiştir⁵⁹.

İngiliz hukukunda ilkenin manası diğer Avrupa devletlerinde bu ilkeye verilen manadan ayrılır. Bu hususiyetler İngiliz Hukukunun örf ve adetler hukuku oluşundan ileri gelir. Bununla beraber, Common Law sahasında İngiliz Yargıcının tam bir serbestiden yararlandığı ileri sürülemez. Çünkü aynı hadisede emsal kararlar o kadar artmıştır ki yargıcın yeni bir hadisi de kıyaslamaya başvurması imkânsız gibidir. Bunun yanında şuna da işaret etmek gerekir ki İngiliz Adet Hukukunun yanında gün geçtikçe artan bir yazılı hukuk teessüs etmekte ve birçok suçlar sarih metinlere geçmektedir. Bütün bunlara rağmen İngiliz Hukukunda, muayyen bir saha dâhilinde yargıca Adet Hukuku veya Yazılı Hukukun saydığı fiillere benzeyen ve fakat açıkça öngörülmemiş fiilleri kıyaslama yoluyla, cezalandırma yetkisi tanımıştır⁶⁰.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve buna bağlı olarak örnekseme yasağı konusu uluslararası kongrelerde de ele alınmıştır. Örneğin IV. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde (1937) konu tüm kapsamı ile tartışılmış ve ilkenin boyutlarının ortaya konulması için çaba gösterilmiştir. Gerçekten, Paris'te toplanan

⁵⁸ İçel/Donay 77.

⁵⁹ Dönmezer/Erman 26.

⁶⁰ Erem 83.

bu kongrede, örneksene yasağı kabul edilmiş, bu yasağın suç, ceza ve ağırlatıcı nedenlerle birlikte emniyet tedbirlerini de kapsadığı belirtilmiş ve ceza kanunlarında suçlar tanımlanırken oldukça geniş ibarelerin kullanılması önerilmiştir. Kongrenin belirlilik kuralına ters düşen ve bu nedenle kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan bu sonuncu görüşünün modern ceza hukuku anlayışı çerçevesi içinde savunulması olanaksızdır. Yine 1937 yılında da La Haye'de toplanan Karşılaştırmalı Hukuk Kongresinde de kanunilik ilkesi tartışmalara konu olmuştur. Kanunilik İlkesi uluslararası sözleşmelerde de öngörülmüştür. Bunlardan en önemlisi, Türkiye'nin 18 Mayıs 1954 tarihinde katıldığı «İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi»dir. Bu sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasında «Hiç kimse işlediği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmâlden dolayı mahkûm edilemez. Keza hiç kimse suç işlediği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamaz» hükmü ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi açıklıkla ifade edilmiştir⁶¹.

2.3. İlkenin Hukuki Değeri

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, çağdaş hukukla, Ceza kanununa özgü bir ilke ve kural olmaktan çıkarak, çağdaş kamu hukukunun bir ilkesi halini almış bulunmaktadır. Gerçekten söz konusu ilke artık müşterek Anayasa hukukunun vazgeçilmez bir kuralıdır ve hukuk devleti rejiminin başta gelen unsurlarından birini oluşturmaktadır. Meselâ 1831 Belçika Anayasasının 9; 23 Mayıs 1949 tarihli Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasasının 103. maddesinin 2. bendinde; 15 Mart 1946 tarihli Arnavutluk Anayasasının 19. maddesinde; 2 Aralık 1947 tarihli Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Anayasasının 82. maddesinde; 1 Ocak 1948 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İtalyan Cumhuriyeti Anayasasının 25. maddesinde yer almış bulunmaktadırlar⁶².

İlkenin anayasalarda ifade edilmiş olmasının çok önemli sonuçları vardır. Herşeyden önce, Anayasa mahkemeleri çıkarılan ceza kanunlarını, ihdas edilen

⁶¹ İçel/Donay 77.

⁶² Dönmezer/Erman 22.

suçların tarifleri itibariyle kontrol edebilecekler ve tariflerin açık ve kesin olmadığı, unsurların, suç faillerinin müphem bulunduğu hallerde, kanunu iptal edebilecektir⁶³.

Bugün ilkenin Anayasaların da üstünde, milletlerarası vicdanın bir ifadesi olarak Devletlerarası hukukta kaynak teşkil eden hukukun genel prensiplerinden biri olarak mütalâası gerekmektedir. Gerçekten İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 11. maddesinin 2. bendi aynı prensibi benimsemektedir. Ayrıca memleketimizin de 6366 sayı ve 10.3.1954 tarihli kanun ile katıldığı Avrupa Devletleri arasında akdolunan "İnsan haklarının ve ana hürriyetlerini koruma sözleşmesi ve buna ek protokol", 7. maddesinde şu hükmü koymuştur: "Hiç kimse işlendiği zamanda carî olan millî ve Devletlerarası hukuka göre, bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez."

Buradan çıkan sonuç suç ve cezada kanunilik ilkesi ulusal ve uluslararası uygulamalarda ceza hukukunun vazgeçilmez, olmazsa olmaz kuralı haline gelmiştir. Ceza uygulaması kişi hürriyetlerini doğrudan etkileyen yönü nedeniyle bu ilkenin uygulanmasından vazgeçilmesi hukuk devletinin ağır ihlali niteliğindedir. İlke hukuk devletinin ve ceza hukukunun özüdür. İlke ceza hukukunda o kadar sağlam temellerle oturmuştur ki yasal dayanak olmasa dahi hâkimin bu ilkeden ayrılmayı düşünmemesi gerekir.

2.4. Prensibin Filozofik ve Sosyal Temelleri

Kanunilik ilkesi filozofik ve sosyal bakımdan aşağıda belirlenen gerekçelere dayanır⁶⁴.

1) Suç kişi hürriyetini sınırlayan bir emir veya yasaklama demektir. En büyük değer ve nimetin hürriyet olarak kabul olunduğu çağdaş toplumsal anlayışta, özgürlüklerin sınırlanmasının zorunlu olduğu hallerin, toplumu temsil eden kanun koyucu tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Zira hürriyetin sınırlanması ancak zorunlu olan hallerde kabul edilebilir ve zorunluluğu takdir yetkisi de ancak

⁶³ Dönmezer/Erman 23.

⁶⁴ Dönmezer/Erman 18.

egemenliği temsil eden kanun koyucuya tanınabilir. Kaldı ki, böyle bir yetkinin politik akımların etkisi altında bulunan yürütme gücüne tanınması, her türlü suiistimale açık bırakmak tehlikesini doğurur. Yargı gücü ise, aynı zamanda suç yaratacak olursa adaletin dağıtılmasında riyeti zorunlu tarafsızlık ilkesinden ayrılmış olur.

2) Kanunilik ilkesine riayet edilmediği takdirde, kişinin kendi fiil ve hareketlerine egemen olabilmek iktidarı tamamıyla yok edilmiş olur. Hangi hareketinden dolayı ne zaman ve ne suretle cezaya uğratılacağını kestirmek imkânından yoksun duruma düşecek olan kişi, çok kere, hareket yerine, hareketsizliği tercih eder; ceza adaleti de rastlantılara, keyfî hislere ve ihtiraslara terkedilmiş olur. Böyle bir hal ise kişi özgürlük ve dokunulmazlığının sadece tehlikeye düşmesi değil ve fakat belki tamamıyla ortadan kalkması sonucunu doğurur.

3) Psikolojik yönden, ilke eğitici ve korkutucu değeri itibariyle kabul edilmelidir. Bir kere ilkenin varlığı ve yürürlüğü, toplum yararları bakımından da zorunludur. Zira sosyal gelişme ferdin her türlü melekelerini serbestçe geliştirebilmesi, yeteneklerini kullanabilmesi için mümkündür; hareket, enerji ve istekleri bazı endişeler yaratarak sınırlamaya sebebiyet veren bir sistem, sosyal yararlar aleyhinedir. İlke ayrıca genel önleme yolu ile pedagojik ve eğitici etki de yapmaktadır. Kanun suç olan halleri belirterek kişiler üzerinde etkileyici bir fonksiyonu da yerine getirmiş olmaktadır. Hele Ceza kanununun ekonomik alana çok yoğun müdahalelerde bulunduğu çağımızda, bu büsbütün böyledir. Değil suçta kanunilik ilkesinin kaldırılması ve fakat hükümleri itibari ile fazla takdire yer veren, bu sebeple tereddütler yaratmaya elverişli bulunan metinlere yer verilmesi bile, iş ve ticaret hayatında gelişmeyi durdurucu ters sonuçlar doğurabilir.

2.5. İlkenin Yararları ve Sakıncaları Konusundaki Tartışmalar

Kanunilik ilkesine yönelik eleştirileri şu şekilde sıralamak mümkündür⁶⁵:

⁶⁵ Dönmezer/Erman 27; Toroslu 40.

a) Ceza hukukunun asıl amacı toplumun savunmasıdır; oysa suçlular, prensibin arkasına gizlenip, saklanarak kanun boşluklarından sızabilmekte ve böylece topluma, müeyyidelere hedef olmadan, zarar verebilmektedirler. Zararın tek bir kişiye yönelik olduğu hallerde dahi zarar gören kişiyi feda etmek ve suçluyu korumak doğru olur mu?

b) Hâkim kanunun tarafsız bir savunucusu olmaktan çıkmalı, aksine fiilî mücadelelere katılmalı, toplumun görüşünün, istek ve kinlerinin sadık bir yansıtıcısı düzeyine erişmelidir.

c) Prensipin, kıyas yolunun kabulü ile yumuşatılmasının kişisel hak ve özgürlükler ile de bir ilgisi yoktur. Kişisel hak ve özgürlüklere en üstün yeri veren İngiltere'de kanunilik prensipini belirleyen bir kanun yoktur.

d) İlkeye diğer bir itiraz olmak üzere aklı şu gelir; son zamanlarda, tüzük, kararname ve yürütme organının diğer tasarruflarıyla suç yaratılması hususunda yürütme gücüne yetkiler verilmiş olması, kanunilik rejimi içinde etkili bir sosyal müdafaaanın sağlanmasının imkânsızlığını ortaya koymakta ve prensipten ayrılmayı zorunlu kılmaktadır.

Doktriner nitelikteki bu itirazlara kolaylıkla cevap verilebilir⁶⁶:

a) Toplumun savunması, her şeyden önce, egemenliği temsil eden kanun koyucuya aittir ve mevzuatın boşluklarını doldurmak kanun koyucunun müdahalesi ile kolaylıkla mümkün olur. Fiil ve hareketlerin zarar verici olup olmadıklarını tâyin konusu nisbî bir özellik taşır. Bunun takdiri ile hürriyetlerin sınırlandırılması fonksiyonu, münhasıran egemenliği temsil eden kanun koyucuya bırakılmalıdır. Kaldı ki, kanun koyucular, yüzyılların getirdiği tecrübe ve bilgiden faydalanarak, ağır derecede ve önemli zararlar veren fiil ve hareketleri esasen cezalandırırlar. Bunlar dışında ancak pek basit hattâ zarar verici olup olmadıkları bile şüpheli bir takım fiil ve hareketler kalır. Bu hareketlerin cezalandırılmasını sağlamak için

⁶⁶ Dönmezer/Erman 28-29; Toroslu 40.

önemli bir kamu hukuku prensibinde gedikler açmak, kişilerde gelecek için endişeler yaratmak uygun bir hukuk politikası olamaz.

b) Politik bir Ceza hukuku görüşünü yansıtan bu düşünüş, kişiyi topluma feda etmek isteyen bir felsefî doktrin gereğidir. Kaldı ki, Danimarka müstesna, prensibin bir kenara bırakılması, gerekçesine bakılınca, bir ihtilâl tedbiri olarak gözükmektedir.

c) İngiltere’de kanunilik prensipinin bulunmadığı hakkındaki itirazlar da açıklanmağa muhtaçtır. Gerçekten İngiltere’de bu kuralı yazılı olarak kapsayan bir metin yoktur. İngiltere’de Common Law sistemi içinde mahkeme kararları geçen yüzyıllar boyunca hâkimlerin geniş takdiri ile meydana getirilmiş ve suç teşkil eden fiil ve hareketleri tespit etmiştir; fakat kararların yarattığı bu suçlar çok uzun zamanlardan beri unsurları itibariyle belli olup, artık hâkimlerin bunlar üzerinde takdiri söz konusu değildir. Kaldı ki, İngiltere’de pek çok sayıda yayınlanan kanunlarda yer alan suçlar büyük çoğunluktadır.

d) Yürütme gücünün düzenleyici işlemleri ile suç yaratılması, bunu kabul eden ülkelerde bile sıkı bir takım şartlar altında kanunun sınır ve kapsamını tâyin edip sınırlamak suretiyle yürütme gücüne vermiş bulunduğu bir yetkiye dayanmakta ve bir takım zorunluluk ve gereklerden doğmaktadır. Yetkinin böylece kanuna ve kanun koyucunun iradesine dayanması dolayısıyla söz konusu hallerde kanunilik prensipinden ayrılmış sayılamaz; çünkü kanunilik prensibi Ceza hukukunda tek kaynağın kanun koyucunun iradesi olduğunu belirler. Böylece kanun koyucu irade ettiğinde, kanunlara uyularak, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç yaratılması, prensipe esas itibari ile aykırı olmaz. Kaldı ki, söz konusu düzenleyici işlemlerin de yürürlüğe girebilmeleri için, önceden neşir ve ilân edilmeleri gerektiğinden, kanunilik prensipinin sosyal ve filozofik esasının bertaf edilmiş olmadığı ileri sürülebilir.

İlkenin özgürlük ile ilişkisi mutlak değildir. Örneğin, İngiltere’de bu ilke yasada bulunmaz. Ancak kimse İngiltere’nin özgür bir ülke olmadığını iddia edemez. İlke 1789 Fransız İhtilali döneminde önemliydi. Ancak artık işlevini tamamlamıştır. Ceza yasaları zaten suçu bütünüyle ve tam olarak tanımlamazlar.

Belirsiz ölçütler kullanırlar. Dolayısıyla ilke çok işlevsel değildir. Örneğin, yasanın; eziyet suçunu "Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında ... cezaya hükmolunur" şeklinde düzenlemesi böyledir (YTCK m. 96). İlkenin bir sonucu olarak kaleme alınan dar tanımlar, suçla mücadeleyi etkisiz hale getirir. Kural, sadece biçimsel adaleti sağlar. Uyanık kişiler hareketlerinin tanım dışında kalmasına özen göstererek cezasız kalmalarını sağlayabilirler⁶⁷.

Öze ilişkin kanunilik ilkesi, kanun tarafından suç haline getirilmemiş olsa bile antisosyal olan hareketleri cezalandırmaya ve kanun tarafından suç haline getirilmiş olsa bile antisosyal olmayan hareketleri cezalandırmamaya imkân verdiği için, daha etkili bir sosyal savunma sağlayabilmektedir. Ayrıca bu ilke, yasal suçluluk ile gerçek suçluluk arasındaki kopukluğu önlediğinden, soyut olarak, daha maddî ve öze ilişkin bir adaletin gerçekleşmesine imkân verir gözükmektedir. Bu yararlarına rağmen öze ilişkin kanunilik ilkesi de ciddi eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır. Her şeyden önce, söz konusu ilke, maddî suç anlayışına dayandığından ve bu anlayış da "belli bir tip devletin hukuk düzeni", "halkın sağlıklı duygusu", "sosyal bilinç" gibi çok defa objektif bir bilgiye dayanmayan ve yargıcın dilediği biçimde içerik kazandırabildiği hukuk dışı kaynaklardan elde edilebildiğinden, hukukun kesinliğini ortadan kaldırdığı gibi, keyfiliklere ve ayrımcılıklara da yol açmaktadır.⁶⁸

Kanunilik ilkesinin bu iki anlayışından hangisinin benimsenmesinin daha uygun olacağı sorununa gelince: Bu konuda, soyut olarak bir yargıya varmak isabetli olmadığı gibi, böyle bir yargı gerçekçi de olmaz. Sorun daha çok demokrasi geleneğinin yerleşmiş olup olmaması ve toplumdaki değişimin yavaş veya hızlı olması ile ilgilidir. Çeşitli sakıncalarına rağmen, biçimsel kanunilik ilkesi, uzun bir demokrasi geleneğine sahip bulunmayan ülkeler yönünden, hâlâ önemini korumaktadır. Zira böyle ülkelerde, yürütme ve yargı işlevinin yerine getirilmesi kalkanına sığınarak, devlet iktidarının sürekli biçimde kişi özgürlükleri aleyhine ve keyfi biçimde kullanılmasını kısmen olsun önlemek, ancak söz konusu ilkeye bağlı kalmakla mümkün olabilmektedir. Ülkemizde, Türk Ceza Kanununun 2. maddesinde "Kanunun

⁶⁷ Özbek 180.

⁶⁸ Toroslu 41.

açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz", 7. maddesinde de "işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz" denilerek, biçimsel kanunilik ilkesi benimsenmiştir. Benzeri hükümler Anayasanın 15 ve 38. maddelerinde de yer almaktadır.

Ceza Kanununun ve Anayasanın ilgili hükümlerinin incelenmesi "biçimsel kanunilik ilkesi"nin üç alt ilkeye dayandığını ortaya koymaktadır: a) Kanunun tekelciliği, b) kanunun açık ve kesin olması, c) kanunun geçmişe uygulanmazlığı. Bu üç ilkedен birincisi ceza hukukunun kaynakları ikincisi ceza kanunlarının formüle edilmesi ve yorumu, üçüncüsü ise ceza kanunlarının zaman yönünden geçerliliği ile ilgilidir.

İlke hukuk devletinin özüdür. Hukuk devletin bireylerin kendilerini güvende hissettiği toplumdur. Kanunilik ilkesi bu fonksiyonu yerine getirir. Ceza kanunların ülkenin bütününde aynı şekilde yorumlanarak uygulanmasını sağlar. Bu şekilde bireylerin devlete olan güvenleri artarak özgür oldukları bir ortamın hissedilmesini sağlar.

2.6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İlkenin Düzenlenişi

AİHS 7. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın 90. maddesi gereğince garanti altına alınan bu ilke iç hukukun bir parçası olmuştur. Ceza hukukun temel ilkesi olan kanunilik ilkesi Mahkemenin denetimlerinde devamlı olarak gözetmesi gereken bir ilkedir. 7. madde cezaların yasallığı başlığı altında:

1) Hiç kimse işlediği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez, Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2) Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç

sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına veya cezalandırılmasına engel değildir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde suç ve cezaların yasallığı ilkesini getirmekte, başka bir deyişle, ceza mahkûmiyeti suç teşkil eden fiilin işlendiği sırada yürürlükte olan kanuna dayanacaktır (nullum crimen sine lege); suç teşkil eden fiil, işlendiği anda öngörölmüş olan cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayacaktır⁶⁹ (nulla poena sine lege). AİHS’deki anlamı ile bu ilke, yalnızca “kanun”un suçun unsurlarını belirleyebileceği ve bunun karşısında ceza öngörebileceği anlamına gelmektedir. Her ne kadar AİHS m. 7’de kanundan değil, hukuktan söz etmekte ise de; bu deyim diğer maddelerdeki (m. 8/2, 9/2, 10/2, 11/2) kanun deyimini ile aynı anlamda kullanılmıştır. Ne var ki kanun deyimini AİHM tarafından parlemamento çekincesi biçiminde anlaşılmalıkta; m. 7’nin Common-Law’da yer alan yazılı olmayan hukuku” da içerdiği kabul edilmektedir. Bundan fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren ceza kanunlarının, failin aleyhine olarak uygulanamayacağı ve benzetmenin yasak olduğu sonucu çıkmaktadır. Bundan başka suçlar, kanunda açık ve belirgin şekilde tanımlanmalıdır. İlgili, içtihatların yardımı ile de olsa, kanunun lafzından, hangi hareket veya ihmalinin ceza sorumluluğunu gerektirdiği teşhis edilmelidir. Bununla birlikte mahkeme, hukuk normunu değişen koşullara uydurabilmek için belirli bir esnekliğin zorunlu olduğunu kabul etmektedir. Belirliliğin ölçüsü, normun hangi alanlar için geçerli olduğuna ve muhatapların sayı ve statüsüne bağlıdır (Silve/İngiltere, 25.03.1983, A 61, s.33, & 86)⁷⁰. Mahkeme yasa deyimini münhasıran şekli(yasama organının tasarrufu) değil, maddi yani konuluş usûl ve şeklinden bağımsız olarak nesnel hukuk normunu ifade eder. Suç ve cezaların hangi tür düzenleyici tasarrufla vazedileceği bir iç hukuk sorunudur⁷¹. Maddenin konu ve amacı gereğinden olarak bu hükmü keyfi soruşturma, mahkumiyet ve müeyyidelere karşı gerçek bir koruma sağlayacak şekilde yorumlamak ve uygulamak gerekir⁷².

⁶⁹ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Ankara:Turhan Kitabevi, 4. Bası, 2003) 324.

⁷⁰ Tezcan/ Erdem/ Sancaktar/Önok, İnsan Hakları El Kitabı.(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006) 165; Gözübüyük/Gölcüklü 324.

⁷¹ Gözübüyük/Gölcüklü 325.

⁷² Gözübüyük/Gölcüklü 324.

Buna karşılık AİHS m.7, muhakeme hukukuna, şartla salıvermeye ilişkin, suç işlenmesinin önlenmesi için alınan idari tedbirler, infaza ilişkin kurallar bakımından uygulama alanı bulmaz. Bundan başka AİHM, zamanaşımını uzatan kanunların da m.7 girmediği sonucuna ulaşmıştır. AİHS m.7 yalnızca “ceza mahkumiyeti söz konusu olduğunda uygulanır ise de; mahkeme bu deyimini özerk yorumlamakta ve bu bağlamda özellikle tedbirlerin ağırlığı, infazı, öngörülen muhakeme, iç hukukta nitelendiriliş biçimi, yapısı ve amacı göz önünde bulundurulmaktadır. Bu yüzden AİHS m. 7, cezaya benzeyen el koyma için uygulanabileceği gibi, para cezasının ödenmemesi durumu için onun yerine çektirilen özgürlüğü bağlayıcı ceza bakımından da uygulama alanı bulur(Kom.K.,X/Avusturalya, 23.05.1966, no. 1760/63, Ann. 9, s.175; Lawless/İrlanda, 1.07.1961, A 3, s 54 & 19; De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.06.1971, A 12, s 44 & 87, Tre Traktörer AB/İsveç, 7.7.1989, A 159, & 46)⁷³. Ancak Campbell et Fell/İngiltere davasında Mahkeme ulusal hukukun disiplin kabahati saydığı bazı fiilleri (cezaevinde isyan başlatarak, gardiyanların yaralanması) gerek fiillerin öz niteliği, gerekse bunlara karşı öngörülen müeyyidelerin ağırlığı (iyi hal indiriminin kaldırılarak yatacağı gün sayısının artırılması) gerçekte cezai suç saymış ve gün indiriminden yararlanma hakkının kaybını da hukuken değilse de fiilen özgürlüklerden mahrumiyet yani hapis cezası olarak telakki etmiştir. Bu duruma göre mahkumiyetten sonra yürürlüğe giren bir kanunla infaz rejimi değiştirilerek-örneğin gün indirimi kaldırılarak- hapis cezasının süresinin fiilen uzamasını 7. maddeye aykırı saymak gerekecektir⁷⁴.

Komisyonla göre 7. madde sözleşmenin bütününe egemen ve öteki maddelerde de yer alan yasallık ilkesini tamamlamakta ve bu konuda özellikle kanunun geçmişe etkilemesi olasılığına ilişkin daha ayrıntılı ve etraflı hükümler içermektedir⁷⁵.

Maddenin 2. fıkrasında ise, ceza kanunların geriye yürümesi yasağına bir istisna getirerek, bu ilkenin işlendiği zaman “uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre” suç sayılan eylemlerin kovuşturulmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Yani madde uyarınca suç ve cezaların uluslar arası hukuk

⁷³ Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok 166; Gözübüyük/Gölcüklü 327.

⁷⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, 327.

⁷⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, 324.

tarafından öngörölmüş olması halinde yasallık koşulu yerine getirilmiş olacaktır. Uluslar arası hukuk kuralı, bu hukukun kaynağını oluşturan sözleşmeler, gelenek ve uygar uluslarca benimsenmiş bulunan genel ilkeler sayılmaktadır. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarından anlaşıldığına göre, bu hükmün amacı, 2. Dünya Savaşı sırasında işlenmiş bulunan savaş suçlarının faillerini yargılayabilmek için, sonradan çıkarılan kanunları saklı tutmaktadır. Nitekim savaştan sonra kurulan Nürenberg ve Tokyo Uluslar arası Mahkemeleri, savaş suçlularını sonradan kabul edilen bu tür kanunlara dayanarak yargılamışlardır. Benzer bir Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Statüsü, 17 Temmuz 1998'de Roma'da BM'e üye devletlerin imzasına açılmıştır. Mahkeme, soykırım, savaş suçları ve insanlık aleyhine işlenen suçları yargılamakla görevlidir. Statünün 8. maddesine göre yeni mahkeme kurularak faaliyete geçtikten sonra işlenen suçlara bakmakla yetkili olacaktır. Ancak, Güvenlik Konseyi, daha önce başka mahkemelerde görölmeye başlanmış olan derdest davaları yeni Uluslar arası Ceza Mahkemesine havale edebilecektir⁷⁶. 1999 tarihli Uluslar arası Ceza Divanı'nın statüsüne ilişkin Roma sözleşmesi ile artık uluslar arası suçlar örf ve adet kuralları ile değil, pozitif hukuk kuralları ile düzenlenmiştir⁷⁷.

Sözleşmede belirtilen, "uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri" kavramı, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinden alınmıştır. Divan, kararlarında diğer yazılı hukuk kaynakları ile birlikte, bu ilkeleri de uygulamaktadır⁷⁸.

AİHS 15/1. maddesinde ulusun yaşamını tehdit eden savaş ya da olağanüstü durumda Sözleşmeye taraf devletlere, sözleşme ile belirlenen insan hak ve özgürlüklerini askıya alabilme olanağı sağlamış olmakla birlikte, sözleşmenin 15/2. fıkrasında, 1. fıkrada belirtilen hallerde dahi askıya alınamayacak hakların varlığı ve bu haklara dokunulamayacağını hüküm altına almıştır. Bu şekilde 7. madde ile sağlanan garantilerin savaş ve olağanüstü hal durumunda dahi askıya alınamayacağını belirterek, kanunilik ilkesinin sözleşme içerisinde önemli bir yere sahip olduğunu vurgulamıştır.

⁷⁶ Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Ankara: TBMM Yayınları No: 89) 210.

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok 166.

⁷⁸ Ünal 210.

Sözleşmenin 7. maddesindeki ilke, sözleşmenin emirleri bağlamından genel olarak suçlu sayılmanın ya da cezalandırılmanın sınırlarını belirginleştirmekte, özgürlük lehine düzenlemeyi içermektedir. Bu ilke bir yandan yasama alanında, diğer yandan ceza mahkemelerinde geçerlilik kazanmak üzere ikili bir uygulama ve etkiye sahiptir. İlk olarak cezaya ilişkin yasal düzenlemelerin geçmişi kapsamasını önlemekte, ikinci olarak ceza yasalarının yorumlanması yoluyla genişletilmesini engellemektedir. Sözleşme'nin 7. maddesi sadece, cezaya ilişkin yasaların geçmişe yürürlüğünü önlemekle yetinmemekte, aynı zamanda ceza yasalarının uygulanma alanlarının kıyasa dayanan bir yorumlamayla genişletilmesini de önlemektedir. Belirtilen haklar olağanüstü hal süresince alınan önlemlerle kesin olarak ihlal edilmemesi gereken haklardır⁷⁹.

Suç teşkil etmeyen fiiller (disiplin kabahatleri gibi), yahut ceza niteliği taşımayan önleyici tedbirler (tutuklama ya da güvenlik tedbirleri) madde hükmü dışındadır. 7. madde non bis in idem kuralını içermez; özel hukuk mevzuatı da madde dışındadır (Kom. K., X/Almanya, 13.04.1961, no 785/60, Lawless/İrlanda, 01.07.1961, A 3 & 17-19; Kom.K., X/Belçika, 10.03.1981, no 8988/80, DR 20,s.198)⁸⁰.

2.7. Uluslararası Ceza Hukukunda Ülkenin Düzenlenişi

Ceza hukuku, başvurduğu yaptırım türleriyle, kamu gücünün en somut şekliyle ortaya konulduğu ve bu bakımdan kamu düzeninin yakından ilgilendiren bir hukuk dalıdır. Kamu düzeni ve ona bağlı yaptırım gücü ise, insanların ortak değerlerine saygı içinde, her ülkede hissedildiği şekliyle, o ülkenin sosyal, siyasi ve ekonomik gereksinimlerini dile getirir. Bu yönü ile ceza hukuku ulusal bir özelliğe sahiptir. Her ülke nasıl kamu düzenine sahipse, aynı şekilde egemen devletlerinde kendi aralarında oluşturdukları uluslararası topluluk da, bir uluslar arası kamu

⁷⁹ Yokuş 32.

⁸⁰ Gözübüyük/Gölcüklü 327.

düzenine sahiptir. Bu uluslar arası kamu düzenine aykırı eylemler uluslar arası suçları oluşturur⁸¹.

Uluslar arası uygulamada savaş suçlarının cezalandırılması ilk kez Birinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında ele alınmıştır. Ancak değişik nedenlerle bu konuda herhangi bir sonuca varılamamıştır. İkinci Dünya Savaşı sırasında müttefikler 08.08.1945 imzaladıkları Londra Anlaşmasının 1. maddesi ile fiilleri coğrafi bakımdan tek bir yere bağlamayan savaş suçlularını yargılamak üzere bir Uluslararası Askeri Mahkeme kurmak sureti ile uluslar arası uygulamada ilk kez savaş suçlularının uluslar arası düzeyde kabul edilmiştir. İkinci belge 26.04.1946 tarihli Japonyanın tesliminden sonra kurulan “Uzakdoğu için Uluslar arası Askeri Mahkeme Yasası”dır. Savaş suçlularının yargılanması için 25.05.1993 tarihli ve 827 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile “Eski Yugoslavya Ülkesinde 1991’den itibaren işlenen Uluslar arası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Suç Faillerinin Yargılanması için Uluslar arası Mahkemesi”nin kurulması olmuştur. Güvenlik Konseyininin 08.11.1994 tarih ve 955 sayılı kararı ile kabul edilen Ruanda İçin Uluslar arası Mahkeme Statüsü” olmuştur. Son olarakta 17.07.1998 tarihli Roma Sözleşmesi Roma Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Statüsü olmuştur⁸².

Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri, sivil halka kötü muamele etmek eylemini savaş suçu kabul etmiştir. Ayrıca “mahkemenin yetki alanına giren herhangi bir suçun işlenmesi için veya bu suçla ilgili olarak... işlenen...zalim davranışlar”da, insanlığa karşı suç sayılmaktaydı⁸³. Fakat bu mahkemeler bazı yazarlarca galiplerin mahkemeleri(victors’ courts) olarak değerlendirilmiş ve tarafsız olmadıkları ileri sürülmüştür. Söz konusu mahkemeler nasıl değerlendirilirse değerlendirilsin, uluslararası ceza hukuku açısından, uluslar arası suçları kabul edilmesi ve bireylerin uluslar arası nitelikte cezaî yargılama yetkisine sahip bir organ

⁸¹ Şeref Ünal, Uluslararası Hukuk. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005) 344.

⁸² Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk.(Ankara: 2003) 646-648.

⁸³ R.Murat Önok, Uluslar arası Boyutuyla İşkence Suçu.(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006) 111; Ünal, Uluslararası Hukuk, 344; Yusuf Aksar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku.(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003) 18.

tarafından cezai sorumluluklarının tescil edilmesi ve sürekli bir uluslar arası ceza mahkemesinin kurulmasının sağlanması çok önemli bir yere sahip olduğu açıktır⁸⁴.

BM Güvenlik Konseyinin 22.03.1993 tarih ve 808 sayılı kararı ile kurulması öngörülen ve 25.05.1993 tarih ve 827 sayılı kararı ile fiilen kurulan Eski Yugoslavya Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Statüsünde işkence suçu açıkça düzenlenmiş ve cezalandırılmıştır. Statünün 2. maddesine göre, 1949 Cenevre Sözleşmesinin ağır ihlalleri, ki “işkence ve biyolojik deneylerde dâhil olmak üzere insanlık dışı muamele” açıkça bu kapsamda sayılmış ve mahkemenin yargı yetkisi kapsamındadır. Mahkemeye göre, bir savaş suçu olarak insanlık dışı muamele, ciddi zihinsel acı ya da fiziksel ızdırap veya zarar veren ya da insan onuruna ciddi saldırı oluşturan ve nesnel olarak değerlendirildiğinde, tasarlanmış olan kasıtlı bir davranıştır. Statünün 5. maddesinde, işkence suçunun unsurlarına da yer vermiş, ancak diğer insanlık dışı eylemler statüde özel olarak sayılmış olmayan, fakat aynı ağırlıktaki sair davranışları içeren torba bir hükümdür⁸⁵.

Ruanda(Rwanda) Uluslararası Ceza Mahkemesi Tutsilerle Hutular arasında yaşanan trajik olayların sonucunda kurulmuştur. Mahkemenin statüsü de işkence teşkil eden eylemleri cezalandırmaktır. Statüye göre, sivil nüfusa yönelmiş geniş çaplı veya sistematik saldırıların bir parçası olarak işkence nitelikli davranışlar, ulusal, siyasi, etnik, ırkî veya dinî bir ayrımcılık temeline dayanıyorsa statü kapsamında insanlığa karşı suç kabul edip mahkemenin yetkisi kapsamındadır. Statünün 4. maddesine göre 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinin ortak üçüncü maddesi ve buna ek II. Protokolün ihlalleri de mahkemenin yetkisi dâhilindedir⁸⁶.

Gerçekten de Yugoslavya ve Raunda Savaş Suçluları Mahkemeleri, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından uluslar arası barış ve güvenliğin korunması ve yeniden tesis edilmesi amacıyla uluslar arası toplumun tamamı adına kurulmuştur. Bu nedenledir ki bu iki mahkeme uluslar arası toplumun uluslar arası ceza ve insan hakları hukukunu ihlal eden bireylerin yargılanmasını sağlamak açısından, insanlık

⁸⁴ Aksar 19.

⁸⁵ Önok 111-112.

⁸⁶ Önok 114.

tarihinde ilk defa uluslar arası hukuk kurallarına tam anlamıyla uyularak kurulmuş uluslar arası ceza mahkemeleri olarak kabul edilmektedir⁸⁷.

Sürekli görev yapacak Uluslararası Ceza Divanı'nın oluşturulması yönünde somut bir adım atılmasında, Eski Yugoslavya Uluslar arası Ceza Mahkemesinin kurulması ve bunu Raunda Uluslararası Ceza Mahkemelerinin izlemesi önemli rol oynamıştır. Çok kısa sürede hazırlanan statü tasarı üye devletlerin bilgisine sunulmuştur⁸⁸. Uluslararası Ceza Divanı, uluslar arası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ağır suçlardan sanık kimseleri cezai açıdan yargılamakla görevli bir uluslar arası yargı organıdır. Mahkemenin Statüsü(Roma Statüsü), 1998 yılında Roma'da yapılan bir uluslar arası konferansta kabul edilmiş ve 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiştir. Statünün 7/1-f göre “sivil nüfusa yönelmiş yaygın veya sistematik saldırının bir parçası olarak işlenen” işkence suçu; 7/2-e bendinde ise işkenceden bahsedebilmek için “sanığın, kontrolü ve gözetimi altında bulunan bir kişiye kasten, ağır fiziksel veya zihinsel acı ve eza çektirilmesi” aranmakta olup, failin resmi sığfata haiz olması gerekmemektedir. 7/1-k ise diğer insanlık dışı hareketler, 8. maddesinde ise savaş suçu kapsamında sayılan eylemler tanımlanmıřtır⁸⁹.

Bu şekilde statüde uluslar arası ceza yargısı ağısından birçok yenilik öngörölmüştür. Bu bağlamda, bir devletin ölkesindeki etnik çatışmalar çerçevesinde işlenen suçlar ilk kez “savaş suçu” sayılarak uluslar arası bir yargı organının yetki alanına sokulmuş ve bireysel suç kurbanlarının da mahkemede hazır bulunma hakkı tanınmıştır. Ayrıca suçluların iadesi şimdiye kadar olduğu gibi sadece devletler arasında gerçekleştirilmeyecek, Mahkeme de bir devletten suçluların iadesini talep edebilecektir. Mahkeme diğer kurulan mahkemelerden farklı özellik gösterir. Anlaşma ile kurulmuş olup, olaydan önce kurulmuştur. Bu nedenle kuruluşundan sonraki suçları yargılamakla görevlidir. Suçlar ve cezaları statü anlaşmasında açıkça sayılmıştır. Mahkeme ulusal mahkemelerin tamamlayıcı niteliğindedir. Mahkemenin görev alanına giren suçların soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen cürümler, savaş suçları ve barışa karşı işlenen suç olarakta saldırı suçudur(m.5). Mahkemenin kişi

⁸⁷ Aksar 20.

⁸⁸ Ünal, Uluslararası Hukuk, 345.

⁸⁹ Önok 115-116.

bakımından yetkisi gerçek kişiler, yer bakımından yetki belirlenmemiş olup bütün dünyada işlenecek suçları kapsar görünmektedir⁹⁰.

Görüldüğü üzere uluslar arası hukukta suç ve cezaların örf ve adete göre oluşturulması ilkesinin terk edildiği, artık suçların ve cezaların yazılı belgelerle belirlendiği ve mahkemelerin olay olduktan sonra kurulması sistemi terk edilerek daimi nitelikte bir mahkemenin ve bu mahkemenin statü anlaşmasında suç ve cezaların ve yargılama usulünün açık bir şekilde belirlendiği görülmektedir. Bu şekilde suç ve cezada kanunilik ilkesine uluslararası hukukta da büyük önem verildiği insan haklarına saygının ön plana çıktığı görülmektedir. Uzun süre devletlerin bağımsızlıklarından ödün vermeyen tavırlarından vazgeçerek artık uluslar arası bir kamu düzeni oluşturmaya ve bu düzene aykırılığın neler olduğunu(suçlar) ve müeyyidesinin(cezaların) belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Gerçektende farklı topluluklardan, farklı kültürlerden ve her şeyden önce farklı hukuk sistemlerinden oluşan uluslar arası kamu düzeninin belirlenmesi ve bunu ihlale ilişkin suç ve cezaların koyulması çok zor bir görevdir. Uluslar arası Ceza Hukukunda kodifiye çalışmaları büyük bir aşama kat etmiş, 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1977 tarihli Cenevre Sözleşmesine ilişkin ek Protokol I ve II protokol kaynak olarak yerini almış ve kanunilik ilkesini güvence altına almıştır.

3. KANUNİLİK İLKESİNİN UNSURLARI

Kanunilik ilkesi, bu ilkenin geçerli olduğu ülkelerde insanlar bir takım hukuksal güvence getirmektedir. Bu nedenle Ceza Kanununun suçluların “magna Carta”sı olduğu söylenmiştir. Bugün suçta ve cezada kanunilik ilkesinin içeriği ve sonuçları şöylece belirtilmektedir⁹¹:

a) Suç teşkil eden eylemleri ve cezalarını ancak yasama organı kanunlarla saptayabilir.

⁹⁰ Ünal, Uluslararası Hukuk, 346-348; Pazarıcı 648-650.s

⁹¹ Öztürk/Erdem; İçel/Süheyl 75; Hakeri 36-37.

b) Belirlilik ilkesi: Suçları saptayan kanun hükümlerinin tanımları belirli olmalı, yani açık ve seçik nitelik göstermelidir (nullum erimen sine lege certa); Farklı anlamlara gelen kaypak ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır;

c) Kıyas yasağı; Hâkimin örneksime (kıyas) yolu ile suç yaratmasına izin verilmemelidir (nullum erimen sine lege stricta);

d) Kanunun açıkça izin verdiği ve cezasını da gösterdiği durumlar dışında yürütme organının suç yaratma yetkisi olmamalıdır

e) Ceza kanunları failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanmamalıdır (nullum erimen sine lege praevia);

f) Gelenek ve göreneklere (örf ve âdet) dayanarak bir eylem cezalandırılmamalıdır (nullum erimen sine lege scripta).

3.1. Kanunun Tekelciliği

3.1.1. Kanunun Tekelciliği İlkesinin İşlevi

Hukukun kaynaklarının çeşitliliği karşısında ceza hukukunda biçimsel kanuniliğin gereği olarak "kanunun tekelciliği ilkesi" kabul edilmiştir. Bu ilke, sadece yazılı olmayan kaynakları değil, kanundan başka yazılı kaynakları, yani idarenin düzenleyici işlemlerini de ceza hukukunun kaynakları dışında tutmayı, böylece bu hukukun kaynaklarını yalnızca kanunla veya kanun gücüne sahip işlemlerle sınırlandırmayı amaçlar⁹².

Kanunun tekelciliğinin işlevi, bazen ileri sürüldüğünün aksine, her şeyden önce hukukî kesinliği sağlamaktan ibaret değildir. Buna daha çok kanunun açık olması ve geriye yürümemesi ilkeleri hizmet etmektedir. Kanunun tekelciliği ilkesi, yazılı olmayan kaynakları reddetmekle ve böylece yargıcı kanuna tabi kılmakla

⁹² Toroslu 43.

yargılama gücünün keyfilğini, yasama dışı yazılı kaynakları reddetmekle de yürütme gücünün keyfilğini önlemiş olacaktır⁹³.

YTCK 2. maddesinde kanun koyucu, ceza hukukunun en önemli ilkelerinden olan "suçta ve cezada kanunilik" prensibini düzenlemiştir. Anayasanın 38. maddesinin birinci fıkrası ile AİHS 7/1. madde hükmü ve 4868 sayılı Kanunla ülkemiz tarafından da bağlayıcı olarak kabul edilen SvMHS 15. maddesinin güvencesi altında bulunan bu prensiple, yasama organı dışında hiçbir organ ve kişinin suç ve/veya ceza kuralı öngöremeyeceği hükme bağlanmıştır⁹⁴.

Ancak belirtmek gerekir ki, cezaların yalnızca kanunla konulabileceği ilkesinin istisnasız benimsenmiş olmasına rağmen, yasama organının yavaş işleyişinden doğabilecek sakıncaları bir ölçüde de olsa karşılamak amacıyla, 1926 tarihli Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, çeşitli kanunların verdikleri yetkiye dayanılarak, idarenin düzenleyici işlemleri ile (tüzük, yönetmelik, kararname, karar gibi) suç yaratılabilmekteydi. Bunun Anayasanın 6/3 ve 38/3. maddelerine uygun olduğu söylenemez. 2004 tarihli Ceza Kanunu'nun 2/2. maddesinde yer alan "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" şeklindeki hüküm bu tür işlemlerle suç yaratılmasını önlemeye yeterli değildir. Zira Ceza Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm, daha sonra özel bir kanunla idareye düzenleyici işlemlerle suç yaratma yetkisi verilmesine engel değildir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılması önlenmek isteniyorsa böyle açık bir hükmün Anayasaya konulması gerekir⁹⁵.

Anayasa yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi yolunu getirmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi denetim yoluyla 38. maddeye aykırılık hallerinde kanunu iptal etmesi gerekir. Anayasa mahkemesi bu ilkeyi ne kadar katı uygularsa temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması o kadar fazla olacaktır.

⁹³ Toroslu 44.

⁹⁴ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 11-44.

⁹⁵ Toroslu 43.

3.1.2. Ceza hukukunun kaynakları:

Kanunun tekelciliği ilkesi suç ve ceza yaratan normlar yönünden olduğu kadar, bunları ortadan kaldıran veya değiştiren normlar yönünden de geçerlidir. Aynı ilke sadece suçlar ve cezalar yönünden değil, güvenlik tedbirleri (Anayasa m. 38) yönünden de söz konusudur. Kanun deyiminin teknik anlamda kanunlar kadar bunlara eşit kılınan işlemleri de kapsadığı genellikle kabul edilmektedir⁹⁶. Kanunun tekelciliği kavramı ceza hukukunun kaynaklarının neler olduğu sorusunu da gündeme getirecektir.

3.1.2.1. Kanunlar

Kanunlar Devletin Anayasa'larında yetkili olarak kıldığı yasama meclisi tarafından yapılan işlemlerdir. Anayasanın 7. maddesi “millet adına kanun koyma yetkisi yasama meclisi yerine getirir.” denilmektedir. 87. madde ile birlikte değerlendirildiğinde bunun “kanun koymak, değiştirmek, kaldırmak” olarak anlaşılmaktadır.

Anayasa kanun deyiminden maddi anlamda kanunu mu, yoksa şekli anlamda kanunu mu kastettiği konusunda açıklık yoktur. Şekli kanun anlayışı, kanunun mutlaka bir kural işlem olması gerekmediği anlamına gelir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi⁹⁷ gereğince kanun alanın sınırlanmamış olduğu, anayasaya aykırı olmamak şartıyla her şeyin bir kanun konusu olabileceği, yürütme organın mahfuz bir düzenleme alanının bulunmadığını ifade eder⁹⁸.

⁹⁶ Toroslu 46.

⁹⁷ Yasama yetkisinin genelliği: kanunla düzenleme alanı konu itibari ile sınırlanmamıştır. Anayasaya aykırı olmamak koşulu ile her şey kanunun konusu olabilir. Yasama organı bir konuda dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleme yapabilir. Yasama organı bir konuda genel ilkeleri benimsemekle yetinerek ayrıntıları idareye bırakabilir veya anayasa mahkemizin deyimiyile “ihtisasa ve idare tekniğine taalluk eden hususların” düzenlemesini yürütme organına bırakması, iyi yönetimin gereklerine ve yasama organının yapısal niteliklerine uygun düşebilir. Ancak bu konuda yasama organının yükümlülük altında olduğunu söylemeye elbette imkan yoktur. Yasama organı, dileği takdirde bir konuyu en ince ayrıntılarına kadar düzenleyebilir ve yürütme organına sadece bağlı yetkiler vererek, bir idari düzenleme alanına yer bırakmayabilir. (Ergun Özbudun, Türk Anayasa hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 191)

⁹⁸ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2003) 201-202.

Suç ve ceza oluşturan kanunların sadece TCK düzenlenenlerden oluşmamaktadır. Teknolojik gelişmeler toplum karmaşıklığı gerektirmekte veya toplumsal yaşamdan kaynaklanan her düzenlemenin TCK yer alması ciltlerce kanun anlamına gelmektedir. TCK mümkün olduğu müddetçe suç ve cezaları belirleme yoluna gitmekle birlikte zaman içerisinde gelişen ihtiyaçlar nazara alınarak yeni yasal düzenlemelerin yapılması kaçınılmazdır. Bu nedenle TCK yanında birçok ceza kanunları da Türk Ceza Adalet Sisteminde yerini almıştır. Kanun tekniği açısından bu kanunların sadece düzenleme getirdikleri konulara ilişkin suç ve cezaları ve bunlarda geçen kavramları tanımla getirmeleri yerine bazen de ceza kanunlarının genel hükümleri içerisinde yer almasını gerektiren düzenlemelere yer verdikleri görülmektedir. Bu da uygulama birliği açısından sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK bu karışıklığa yasal düzenleme ile son vermeye çalışmıştır. Gerçekten de kanunun 5. maddesine göre "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir. Özel ceza hükümleri, çok defa, hem suçları hem de cezaları göstermelerine karşın, bazen yalnız suçları göstermekle yetinmekte, bunlara uygulanacak cezalar için Ceza Kanununa atıfta bulunmaktadır⁹⁹. Ancak YTCK m.5 düzenlemesi getirirken diğer kanunlarda da değişiklik yapılarak YTCK genel hükümleri ile uyumlu hale getirilmesi gerekirken bu düzenlemeler yapılmamıştır. Uygulamada bir çok karışıklığı beraberinde getirmiş, YTCK suç genel teorisinde değişiklik yapmasına rağmen diğer kanunlardaki düzenlemeler varlığını devam etmiştir. Kanun koyucu bu çelişkili durumu gidermek için 5252 sayılı TCKYvUŞK Geçici 1. maddesi gereğince 31/12/2008 tarihine kadar uygulamaya devam edilecektir. Geçici 1. madde Anayasamız kanun önünde eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır. Suçlular arasında ayırım yapılamaz. Anayasa Mahkemesine anayasaya aykırılık iddiası ile başvurulduğunda iptal sorunu ile karşı karşıya kalınabilir.

3.1.2.2. Düzenleyici İşlemler

Bunlar yürütme organlarının, kanundan kaynaklanan yetkilerine dayanarak

⁹⁹ Toroslu 48.

koydukları normatif işlemlerdir. Hukukumuzda bu tür işlemlerin türleri tüzük, yönetmelik, kararname, karar, tebliğ, sirküler, yönerge vb. dir¹⁰⁰.

Bu tür idari işlemlerin türü ne olursa olsun, bu tür işlemler ile suç ve ceza yaratılıp yaratılamayacağı sorusudur? "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalındığında idarenin böyle bir yetkisinin bulunmadığı açıktır. Çünkü Anayasamız kanun yapma yetkisini yalnızca yasama meclisine vermiştir. Anayasanın 38/3 maddesi gereğince de suç ve cezalar ancak kanunla oluşturulabilir.

Ancak 1926 tarihli Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, buradaki kanun deyiminin bazı düzenleyici işlemleri de kapsadığı; öte yandan kanun koyucunun idarî hizmetlerin hızla değişen gereklerini yakından izlemesinin, bu anlamda ne tür fiillerin suç sayılması ve ceza müeyyidesiyle karşılanması gerektiğini değerlendirmesinin kolay olmadığı; ayrıca yasama organının kanun yapma işlevinin ağır yürümesi ve yürütmenin duyduğu acil ihtiyaçları zamanında karşılayamadığı ileri sürülerek yürütme organına bazı fiilleri suç haline getirme yetkisi verilmekteydi.

Bu konuda ileri sürülen çeşitli itirazlara ve tereddütlere karşın, gerekli cezaların kanunda gösterilmiş olması, usulüne göre yayımlanması ve ilan edilmesi şartıyla, yine kanunun verdiği yetkiye dayanılarak ve yetki veren kanunun çizdiği sınırlar içinde kalınarak, düzenleyici işlemlerle suçun unsurlarını göstermenin, bir başka deyişle suçu somut hale getirmenin kabul edilmesinin, yasama organının yavaş işleyişinden doğabilecek sakıncaları bir ölçüde karşıladığı gerekçesiyle haklı gösterilmeye çalışılmasını anlamak mümkündür. Ancak, geçmişte, ülkemizde bu yoldaki uygulamaların aşırılığı, özellikle bu konuda yetkili kılınan üst makamların yetkilerini sık sık daha alt düzeydeki makamlara devretmesi gibi hususlar nazara alındığında, "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin dayandığı temellerden biri olan "kanunun tekerciliği" ilkesine tam olarak uyulduğu söylenemez¹⁰¹.

¹⁰⁰ Toroslu 48.

¹⁰¹ Toroslu 49.

Bu tür uygulamalardan hukuk devleti ve bu zorunlu bir sonucu olan temel hak ve özgürlüklerin yasanın güvencesinde olması ilkesinin zedelediğinden kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın 2/2. maddesinde yer alan "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" hükmünü getirmiştir. Hükmün getirilmiş olması tek başına yeterli değildir. Sonradan yapılacak başka bir yasal düzenleme ile idareye bu konuda yetki verilebilir. Burada yasama meclisinin yasal düzenleme ile dahi olsa bu yetkileri idareye devrederek kendisi ile çelişmemesi gerekir. Çünkü böyle bir yetkinin devredilmesi anayasaya açıkça aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca Anayasa mahkemesi ister soyut norm denetimi yoluyla isterse somut norm denetimi yoluyla bu konuda anayasaya aykırılık gündeme geldiğinde anayasanın "kanunsuz suç olmaz" kuralını katı bir biçimde uygulaması gerekir.

Düzenleyici işlemlerle ceza veya güvenlik tedbiri koymanın, aynı zamanda Anayasal bir ilke olan "kanunsuz ceza olmaz" ilkesine aykırı olacaktır. Anayasanın 38. maddenin gerekçesinde belirtilen "bu hüküm kanun koyucunun açık suç hükmü koymasına yani fiili bildirmeden suç konusu bildirip müeyyidesini belirtmesine engel değildir" şeklindeki düzenlemelerin anayasa metni ile açıkça çeliştiğinden uygulamaya yeri bulunmamaktadır.

3.1.2.3. Yabancı hukuk

Yabancı bir ülke hukukunun kendiliğinden ülkede uygulanması söz konusu değildir; ancak Ceza Kanununun yabancı hukuka açıkça atıfta bulunduğu durumlarda bu hukuk dahi ceza hukukunun dolaylı kaynağı haline gelebilir. TCK 343. maddesinde olduğu gibi. Ancak küreselleşen dünyada ülkelerin hukuk sistemleri birbirlerini kolaylıkla etkilemektedir. Çoğu ülkeler kanunları diğer ülkelerden iktibas yoluyla almakta veya bir kurumun diğer ülkelerde başarı ile uygulanması diğer ülkelerinde bu uygulamaya almalarına neden olmaktadır. Bu durumda doğrudan olmasa da dolaylı olarak mevzuatın iktibas edildiği ülkelerdeki uygulamaların yerel hukuk bakımından etkili olacağını kabul etmek gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.05.1982 tarih ve 1982/195 sayılı kararı ile Türk vatandaşının yabancı ülkede işlemiş olduğu suçtan dolayı Türkiye'de

yargılanması halinde verilecek cezanın o fiilin işlendiği ülkenin kanunlarına göre verilmesi gereken cezadan fazla olamayacağına hükmetmiştir. Bu husus TCK'nın 19. maddesinde (1) "Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz. (2) Ancak suçun; a) Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak, b) Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak, işlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz." şeklinde düzenlenmiştir.

3.1.2.4. Mahkeme Kararları

Bunlar istikrar kazanmaları halinde bile ceza hukukunun, dolaylı da olsa, kaynağı değildir. Çünkü sistemimize göre, yargıç kararı, kural olarak, sadece ilgili olduğu somut olay yönünden mecburi olma özelliğine sahiptir; dolayısıyla genel nitelikte hukuki emirler doğurmazlar¹⁰².

Yargıtay Kanununun 20. maddesine göre Yargıtay'ın bir hukuki konu hakkında vermiş olduğu İBK Yargıtay'ı ve adalet mahkemelerini bağlayacaktır. İBK bağlayıcılığı yasa ile düzenlenmiş bulunduğu kanunilik ilkesine istisna oluşturmaz. Kanunilik ilkesinin zedelenmesi sonucunu da doğurmaz.

3.2. Belirlilik İlkesi

Ceza yasaları genel ve soyut normlar içerdiği için bir davranışın cezalandırılabilirliğinin somut olay için belirlenmesi mümkün değildir. Bu bakımdan YTCK m. 2 bireylere davranışlarını yönlendirebilmelerine olanak veren ve devletin öngörülmez müdahalelerine karşı özgürlük alanını güvence altına alan biçimde normun uygulama alanının belirlenmiş olmasını gerektirir. Yasak davranışın ve bunun karşılığında öngörülen ceza yaptırımının ne olduğu öylesine somut olarak belirlenmiş olmalıdır ki, cezalandırılabilirlik ve suç tipinin uygulama alanı teşhis edilebilmeli ve yorum yoluyla da olsa anlaşılabilir. Bu açıdan belirlilik, hem

¹⁰² Toroslu 50.

yasak davranışın koşulları ve hem de yaptırım bakımından geçerlidir. Böylece ilke bireylere, norma uygun davrandığı sürece yaptırıma maruz kalmayacağı güvencesini getirmek sureti ile özgürlükleri de güvence altına alan bir işlev yerine getirmektedir. Buna göre kanunda açıkça suç olarak düzenlenmedikçe, kimse böyle bir fiilden dolayı herhangi bir cezaya mahkûm edilemez. Örf ve adet kuralları ve hâkimin takdir yetkisine dayanılarak bir fiilin suç sayılması mümkün değildir. Bu anlamda belirlilik ilkesinin muhatabı yasa koyucu olup yasa koyucunun bu yükümlülüğüne aykırı olarak içeriği belirsiz ve aykırılığının sonuçlarını açıkça göstermeyen ceza normlarına yer verilmesi anayasaya aykırılık oluşturur. Ne var ki; belirlilik ilkesi, yasa koyucunun yoruma gereksinim gösteren kavramlara suç tipinde yer vermesine engel değildir¹⁰³. Suçun unsurları, cezası ve cezayı etkileyen nedenler yasada açık seçik belirtilmiş olmalıdır. Bu çerçevede fiilin suç olup olmadığı, hangi cezanın verileceği konusunda tereddüde yer veren hükümler kanunilik ilkesine ve onun güvence işlevine aykırıdır¹⁰⁴. Kanun koyucu birden fazla anlama gelen, genişletmeye açık, yöreden yöreye değişiklik gösteren, muğlâk ve elastiki tabirler kullanmaktan kaçınmalıdır. Bu tabirlerin kullanılması ülkenin farklı yerinde aynı eylemi gerçekleştirenlere farklı uygulamalar yapılmasına neden olabilir. Kanun yoluna da başvurulmadığı zaman bu yargısal uygulamalar eşitlik ilkesine aykırı bir biçimde uygulanmış olur.

Kanunun tekelciliği ceza hukukunun kaynaklarını ilgilendirmesine karşılık, açıklık ilkesi ceza kanununun kaleme alınışı, yani ceza normlarının formüle edilmiş tekniğini ilgilendirmektedir. Bu ilke, kanun koyucunun, norm yaratırken cezaî yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulması için, kanunî tipi açık ve belirgin bir biçimde tesbit etmesini ifade eder¹⁰⁵.

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için onun kanunen belirlenmesi yeterli değildir, bilakis hâkim tarafından hangi davranışın toplumun huzurunu aykırı olduğunu belirlemek zorundadır. Suçun unsurlarının belirsiz olması kanunilik unsurunu etkiler. Bu nedenle suçların kanunla düzenlenmesi yetmez, ayrıca bu düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve açık olması gerekir. Aynı durum cezalar içinde geçerlidir. Bu nedenle kanun koyucu toplumsal ihtiyaçlar için suç yaratırken, hangi fiilin suç olarak

¹⁰³ Öztürk/Erdem 43.

¹⁰⁴ Özbek 181.

¹⁰⁵ Toroslu 52.

düzenlendiği ve onun cezasını açık bir şekilde göstermelidir. İşte buna belirlilik ilkesi denir. Hâkimin önüne gelen bir olayda, kendisini kanun koyucu yerine koyarak suç ve ceza yaratması, kanunilik ve kuvvetler aykırılığı ilkesine aykırıdır.¹⁰⁶ Bu husus, YTCK'nın 2. maddesinde “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu bakımdan, belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. ETCK hileli ve taksirli iflas suçlarının sadece cezası öngörülmüştü. Hangi eylemlerin bu suçları oluşturduğu belirtilmemiştir. Ceza kanunların güvence fonksiyonu nazara alındığında hangi eylemlerin bu suçları oluşturduğu açıkça sayılmalıdır. YTCK ise bu uygulamadan ayrılarak hangi davranışların bu suçları oluşturduğu(m. 161, 162) gösterilerek belirlilik ilkesi gereği eylemler açıklığa kavuşturulmuştur.

Bununla birlikte son zamanlarda kuralın katı bir şekilde uygulanmasını önlemek amacıyla yasa koyucunun ceza yasalarında belirsiz, esnek ve yoruma muhtaç terimler kullandığı görülmektedir. YTCK'nın "eziyet" suçuna ilişkin düzenlemesi (m. 96) bunun en güzel örneklerindedir. Bu kanunilik ilkesini zayıflatan bir tutumdur¹⁰⁷. Yasada eziyeti oluşturan eylemlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Bu tür kavram ve ibarelerin kullanılması yasanın ne şekilde uygulanacağını, hangi kavramların eziyet olacağı, etkili eylem ile eziyetin sınırlarının nasıl belirleneceği tamamen uygulayıcıya ve yargısal içtihatlarla bırakmaktadır. Burada zımni olarak hâkimden hukuk yaratması istenmektedir. Bu tür uygulamaların uygulayıcıların elini kolaylaştırdığı iddia edilebilirse de kanunilik ilkesinin ağır bir şekilde yaralanmasına neden olmakta, aslında hukuk yaratma faaliyeti gibi hâkimi zor bir yükün altına sokmaktadır.

Nitekim AİHM de 1993 yılında Yunanistan aleyhine açılan Kokkinakis davasını şu şekilde karara bağlamıştır: “ AİHS m.7 yalnızca ceza kanunun sanığın aleyhine geçmişe etkili olarak kullanılması yasağıyla sınırlı bir anlam ifade etmez;

¹⁰⁶ Demirtaş 119.

¹⁰⁷ Özbek 182.

söz konusu güvence, suç ve cezaların ancak kanunla tespit edilmesi ve kanunların sanığın aleyhine geniş yorumlanmamasını (kıyas yasağını) içerecek biçimde bir anlam verilmemesini gerektirir. Bu nedenle suçlar kanunda açık ve belirgin bir şekilde tanımlanmış olmalıdır ¹⁰⁸.

Bu bakımdan, düzeltici yorumun ceza hukukunda yeri yoktur. Çünkü düzeltici yorumda, yanlış olduğu sanılan hukuk kuralının anlam ve kapsamının düzeltilerek uygulanması söz konusu olmaktadır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, kanunları düzeltme yetkisi sadece kanun koyucuya aittir. Örneğin 765 sayılı TCK m 454'te düzenlenen intihara ikna ve yardım suçunun gerçekleşmesi için, intihara ikna ve yardım birlikte yapılmış olması gerekirdi. Mevzuat kanundaki veya sözcüğü 765 s. TCK'ya 've' olarak alındığından bu hareketlerden birinin yapılmış olması halinde failin cezalandırılabilmesi mümkün değildi. Dolayısıyla hâkimin önüne gelen olayda 've' bağlacını 'veya' olarak düzelterek uygulaması mümkün değildir¹⁰⁹.

Açıklık ilkesinin mantıkî esasının doğrudan ceza normunun emredici olma özelliğinde ve ceza tehdidinin korkutucu işlevinde aranmaktadır. Nitekim ancak yasaklanan fiillerin yeterli açıklıkla belirtilmesi ve normun muhataplarının normun içeriğini bilme olanağına sahip olmalarıyla ki, ceza normu bir emir olarak işlev yapabilecek ve ceza da korkutucu bir etkiye sahip olabilecektir. Bir gerçeği ifade etmekle birlikte, bu anlayışın aşırı olduğu söylenebilir. Söz konusu anlayış, özünde, aydınlanma döneminin bilinebilmesi, anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için kanunların az, açık ve basit olması idealini yansıtır¹¹⁰.

Oysa kanunun açıklığı ilkesinin temelini, kesinlik ilkesinin tarihî kaynağı ve amacına uygun olarak, politik-garanti edici planda aramak gerekir. Nitekim kanunun tekelliliği ilkesi, her şeyden önce, yürütme gücünün keyfiliklerini önlemek için kanun tekeli garanti altına alırken, açıklık ilkesi de her şeyden önce, kanunda açık şekilde öngörülmemiş olan durumlarda cezalandırma olanağını ortadan kaldırarak yargıcın keyfilikliğini önlemek için kanunun belirginliğini garanti altına

¹⁰⁸ Öztürk/Erdem 43; Tezcan/Erdem/ Sancaktar 221.

¹⁰⁹ Demirtaş 119.

¹¹⁰ Toroslu 52.

alır. Kanunun belirginliği, öte yandan aynı şekilde davrananların hukukî eşitliğini ve bir arada yaşayanların yasak olanla olmayanı bilmeleri, böylece davranışlarını bilinçli bir biçimde kararlaştırmaları imkânlarını olduğu kadar, savunma hakkını da teminat altına alır. Gerçekten de, sosyal savunma ve özel önleme adına kanunî tipten uzaklaşma, "isnadın bildirilmesi ilkesini tehlikeye sokar. Oysa bu ilke, ceza muhakemesine ilişkin garantiler sisteminin eksenini oluşturur"¹¹¹.

Açıklık ilkesi, kanun koyucunun yasa faaliyetleri yaparken göz önünde bulundurulması gereken temel ilkedir. Açık ilkesi sadece suç tiplerinin belirlenmesi açısından değil, ceza kanunlarının genel hükümleri, özel hükümler, artırım ve indirim nedenleri, nedensellik, hukukî konu, ihlâl, suça iştirak, görünüşte içtima ve gerçek içtima gibi suç teorisine dahil olan diğer alanlarda da geçerli bir ilkedir. Bu nedenle ceza hukukundaki yasa çalışmaları tamamen teknik bir konudur. Yasanın meclisten önceki ön çalışmaların mutlaka bu konuda uzman üniversite hocaları, hâkim ve savcılar ve avukatların katılımı, düzenleneme alanına ilişkin uzmanların görüşleri alınarak hazırlanmalı, yasalaşma sürecinde ise metni sadık kalınmalı, değişiklik bu oluşturulan kurulun görüşleri alınarak yapılmalıdır.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi bir anlamda devlete görev yüklemektedir. Devlet suç ve cezaların ancak kanunla oluşturacağını, bu ilkeye aykırı yasal düzenlemeleri ortadan kaldıracaağını ve bu şekilde temel hak ve özgürlükleri yasanın güvencesi altında tutacağını yüklenmektedir¹¹². Örneğin 4320 sayılı AKDK aile bireylerini şiddetten korumayı amaçlayan bir kanundur. Suçun maddi unsuru yargı merciince hükmolunan tedbirlere aykırı hareket etmektir. Kanun koyucu iç yollama metodunu benimseyerek Medeni hukuka ait bir müesseseyi korumak istemekle, bu müesseseye ait maddi şartları aynı zamanda suçun maddi unsuru olarak düzenlemiştir (AKDK.md.2/f.son). Başka bir deyişle Hukuk mahkemesi kararı suçun maddi unsurunu teşkil etmektedir. Ancak burada Ceza Hukuku bakımından bir sorunun varlığına işaret etmek gerekir: AKDK.md.1'de tatat edilen tedbirlere bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmetme yetkisi konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiş olması, Ceza Hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan "Suçta ve Cezada

¹¹¹ Toroslu 53.

¹¹² Parlar/Hatipoğlu 10.

Kanunilik İlkesi”nin ve bu ilkenin sonucu olan “Kıyas Yasağı”nın ihlali niteliğinde bir düzenlemedir¹¹³. AKDK’nu hâkimin hangi tedbirlere başvuracağı açıkça gösterilmiştir. Ancak hâkimin takdir yetkisini artırarak sayılan tedbirlerden ayrıca da hâkimin tedbire hükmetme imkânını getirmiştir. Yani kanunda düzenlenmeyen bir konuda hâkime suç ihdas etme imkanı getirmiştir. Kanun koyucunun bu yöntemi belirlemesi yani yoruma açık, bu benzeri eylemler şeklinde geniş uygulama alanı yaratması yasa oluşturma tekniklerine uygun bulunmamaktadır. Tedbirlerin sayılma yoluyla belirlenmesi ve bu tedbirlerden birine hükmedilmesini sağlamanın uygun olacağıdır. Neticede belirlenen tedbirlerden hangisi ihlal edilirse edilsin sonuç değişmeyecek kanun hükmünde belirlenen ceza ile cezalandırılacaktır. Yasa suçun unsurlarını düzenlemeli, bu yetkinin hâkimin takdirine bırakmaması gerekir. Bu şekilde düzenlemelerin zımnî şekilde yasama yetkisinin devredilmesidir. Kanunkoyucunun ailenin daha fazla korunma sağlamayı düşündüğü söylenebilirse de her uygulamacıya göre değişecek uygulamanın önü açılacaktır. Bu şekilde bireysel özgürlüklerin korumasız kalacağı açıktır. Ailenin Korunmasına ilişkin hükümlerin YTCK içerisinde bir fasıl halinde düzenlenerek ceza adaleti açısından bütünlüğün sağlanmasında fayda bulunmaktadır.

3713 s. TMK’da 5532 sayılı kanunla kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Kanunun ilk maddesinde terörün, ikinci maddesinde de terör suçlusunun tanımı yapılmıştır. Her iki madde de yer alan tanımların çok geniş kapsamlı ve esnek oldukları göze çarpmaktadır. Aslında burada, terör suçunun varlığı için aranması gereken kriterleri belirlemektedir. Terör eylemlerinin amacı ve aracı tanımlanmakta ve bu çerçevede örgütsel faaliyetlerin varlığı halinde, terör suçunun oluşacağı belirtilmektedir. TMK’nın diğer maddelerinde sayılmış bulunan suç tipleri, eğer bu kriterler çerçevesinde gerçekleştirilecek olursa, işte o zaman TMK anlamında terör suçu oluşacaktır. TMK 1. maddesinin metnine bakıldığında, hangi eylemlerin terör suçu sayılacağı önceden belirlenememektedir. Bu da, AİHM’nin birçok içtihadında belirtildiği gibi, konulan kuralın açık ve gereğinde bir hukukçunun yardımı ile anlaşılır olması zorunluluğuna ters düşme tehlikesi yaratmaktadır¹¹⁴. Bu şekilde esnek düzenlemelerin kanun koyucunun terörizmi tehdit olmaktan çıkıp artık büyük bir tehlike olması ve terör eylemlerine benzeyen davranışların kanun kapsamında

¹¹³ Burhan Caner Hacıoğlu, 16.10.2007.<<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/BHacioglu.html>>

¹¹⁴ Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok 336.

kalıp kalmadığını uygulayıcılara bırakma, başka bir anlatımla sorumluluktan kaçış olarak yorumlanabilir.

Ancak eski TMK 1. maddesindeki esnek kavramların Anayasa Mahkemesi 31.03.1992 gün ve 1991/18 E., 1992/20 sayılı kararında yasallık ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa mahkemesi bu kararında “1. maddede terör tanımı yapılırken, cebir, şiddet, tehdit gibi ceza yasasında sıkça başvurulan, yerleşmiş, uygulamada sorun yaratmayan kavramlar yanında, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme gibi yeni kavramlara da yer vermiştir. Ne var ki, bu belirtilen kavramlar yasallık ilkesini zedeleyebilecek nitelikte, anlaşılabilir, ilgisiz, özgürlükler açısından kötüye kullanılabilir kavramlar değildir. Tümü cebir, şiddet, tehdit kavramları ile yakından ilişkili, benzer anlamlara gelen, belli bir şiddeti anlatan, büyük olasılıkla uygulamada ceza hukukunun bilinen kavramları ile özdeşleşecek ya da eşanlamlı olarak kullanılacak olan bu kavramların gerekliliği tartışılabilir. Ancak yasallık ilkesine aykırı değildir” şeklinde karar vermiştir¹¹⁵. Terör suçları siyasi amaçla mevcut devlet yönetimini ortadan kaldırmaya yönelik suçlardır. Ancak bu suçlarla mücadele edilirken hukuk devletinden taviz verilemez. Bütün bu kavram kargaşalarının sona erdirilerek terör suçlarının ayrı bir yasa yerine temel ceza kanununda devlete karşı işlenen suçlar bölümünde yer alması bu tartışmaları sona erdirecektir.

3.3. Kıyas(analoji-benzetme) Yasağı

Kıyas, bilindiği gibi, kanun tarafından düzenlenmemiş bir davranışın, kanundaki hükümlerinin birinin uygulanarak cezalandırılmasıdır. Diğer bir ifade ile kıyas, kanunun anlamını ortaya koymak için değil boşlukları doldurmak için yapılır.¹¹⁶ Kıyas, hakkında yasada açıkça yazılı hüküm bulunmayan, yani suç haline getirilmemiş bir fiil hakkında yasada suç olarak gösterilen benzer fiile ilişkin hükmün uygulanmasıdır. Görüldüğü üzere kıyas yasada hakkında düzenleme bulunmayan bir fiilin cezalandırılması anlamına gelir ki, bunun kanunilik ilkesine aykırı olduğu ortadadır¹¹⁷. Kanunilik ilkesini çok yakından ilgilendiren

¹¹⁵ İzzet Özgenç. Terörle Mücadele Kanunu.(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006) 21.

¹¹⁶ Demirtaş 120.

¹¹⁷ Özbek 180.

kıyas (benzetme), kanunda öngörülen durumlara ilişkin düzenlemeleri veya genel ilkelerden elde edilen düzenlemeleri, kanunda öngörülmeleyen benzer durumları kapsamına alacak şekilde genişleterek bu durumların çözümlenmesi işlemidir¹¹⁸. Kanunda kural boşluğun bulunması halinde, bu boşluğun ilgili kanundaki veya hukuk düzenindeki en benzer hukuk kuralı bulunarak doldurulmasına kıyas denmektedir¹¹⁹. Bu yolla, kanunun bir normuna dayanılarak, kanunun öngörmediği bir başka norm meydana getirilmektedir; kanunun normu ile yaratılan yeni norm arasında kavramsal yönden bir çakışma bulunmayıp, sadece bir benzerlik vardır. Bu yönden örneksene kanunun esas fikrini (ratio legis) ortaya çıkarmak için yapılan yorumdan ayrılır¹²⁰.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının kıyaslamayı men etmiş olduğu düşüncesi hakkında doktrinde tam bir ittifak mevcut değildir. Ancak bu ilkenin Ceza Hukukunda kıyaslamayı men ettiği düşüncesi doktrinde “hakim kanaat” halinde devam etmektedir¹²¹.

Kanunlarda boşluk çıkmasının sebebi teknik ve bilimsel gelişmeler, kanun koyucunun bir maddeyi düzenlerken gerekli ihtimamı göstermemesi, kanunlarda değişiklik yapılırken diğer maddelerle arasında gerekli irtibatın kurulmamış olması, belli durumlarda kanunkoyucunun kasıtlı olarak boşluk bırakması sayılabilir. Gerçekten de iyi bir kanun bile zaman içerisinde ihtiyaçlara cevap vermeyerek yetersiz hale gelebilir.

YTCK 2. maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, geniş, bir diğer adıyla genişletici yorum yasaklanmamakla birlikte, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş olarak yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Bir ceza hükmünde kanun koyucunun amacını dar yorumla belirlemek mümkün değil ise, genişletici yorum yapmak suretiyle kanun koyucunun amacını ortaya koymak gerekebilir. İşte bu noktada, genişletici yorum kendisini gösterecektir. Bu yorum türünü, "kanunilik" prensibinden taviz verilmesi olarak düşünmemek gerekir. Bununla birlikte, genişletici

¹¹⁸ Toroslu 61.

¹¹⁹ Öztürk/Erdem 43.

¹²⁰ İçel/Donay 83

¹²¹ Erem 75.

yorumun sınırı çizilmediği ve "kanunilik" prensibi ile engellenmediği bazı durumlarda, kişi hak ve hürriyetleri için sakıncalı neticeler ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, yorum ile kıyas müesseselerini birbirinden ayırmak ve kıyasa yol açabilecek uygulamalara imkan vermemek gerektiğini düşünen kanun koyucu, 5237 sayılı Kanunun 2/III. maddesi hükmünün son cümlesinde bu konuda açık bir düzenlemeye yer vermek gereğini duymuştur¹²².

Medeni hukukta esas itibari ile boşluk doldurma görevi kanunkoyucudadır. Bununla beraber Medeni Kanun 1,4, 2/2 bu yetkiyi hakime tanımıştır. Bu itibarla kanunda bir boşluk bulunduğu hakim bu boşluğu dolduracaktır. Bu husus hakime bir görev olarak verilmiştir. Hakim kanunda boşluk bulunduğu takdirde bunu ilk önce örf ve adete göre dolduracaktır. Eğer örf ve adete göre boşluğu dolduramıyorsa kendisi kanunkoyucu olsaydı o meseleye nasıl bir çözüm tarsi öngörecekti idiyse boşluğu ona göre dolduracaktır. Hakim soyut ve genel bir kural yaratıp bunu somut olaya uygulamalıdır. Bunu uygularken tarafların karşılıklı çıkarlarını gözetmesi, toplum çıkarları ile ferdi çıkarlar arasında adil bir denge kurmalıdır. Mevcut hukuk kurallarını göz önünde tutmalı, kanunda yeni bir revizyon söz konusu ise bunu göz önüne almalıdır. Hukuk yaratırken kıyas yoluna başvurabilir, hukukun genel ilkeleri ile boşluk doldurabilir veya büstünün yeni kural koyabilir¹²³.

Ceza hukukunda yorum kabul edilmekle birlikte, kişi hak ve hürriyetlerinin keyfi tasarruflara karşı güvenceye alınabilmesi için, yorum kanunun çizmiş olduğunu sınırlar içerisinde kalmalı, amacını aşarak kıyas boyutuna ulaşmamalıdır. Kıyasla yorumda da karıştırılmamalıdır. Yorumda mevcut kuralın ne anlamı geldiğini bulunmaya çalışılır. Yani yorumda kanunda suç belirlenmiştir. Kanun koyucunun bununla ne kastettiği, hangi durumların bunu kapsadığını belirli bir metodoloji çerçevesinde çözümlenmeye çalışılır. Kıyasta ise belli bir olay suç olarak kanunlarda açıkça düzenlenmemiştir. Kanundaki bu boşluk doldurularak suç sayılmamış bir eylem ile kişi cezalandırılmaya çalışılır.

¹²² Şen 11-41.

¹²³ Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları (Ankara: 7. Bası, 2001) 146-151.

Ceza hukukunda yalnız suç sayan ve cezayı belirleyen hükümler değil, beyan edici ve açıklayıcı nitelikte, cezayı arttırıcı, azaltıcı, ortadan kaldıran, cezanın belirlenmesi işlemlerine sınırlar koyan, nedensellik bağına ilişkin olan, suça iştiraki belirleyen hükümleri de saymak gerekir. Bu hükümler arasında suçluların aleyhinde olanların kıyas yoluyla uygulanamayacağı hususu, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının kapsamına girer¹²⁴.

Doktrinde lehe kıyas yapılıp yapılamayacağı, bu konuda bir engelin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar sadece suç ve cezalarda kıyas yapılamayacağını, ancak lehe düzenlemelerde kıyas yapılabileceği veya cezayı hafifleten, kaldıran, vazgeçme hükümleri gibi düzenlemelerde şüpheli lehine olarak kıyas yapılabileceğini savunmaktadırlar. Kıyas yasağının mutlak bir değer taşıyıp taşımadığı, yani bu yasağın sadece suç ve ceza yaratan normlar gibi aleyhe olan normlarla sınırlı mı olduğu, yoksa suç ve cezayı ortadan kaldıran normlar gibi sanığın lehine olan normları da mı kapsadığı tartışma konusuydu. 2004 tarihli Ceza Kanunu sadece suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında ve yorumlanmasında kıyası yasakladığına göre (m.2, f.3) suç ve ceza içermeyen hükümler yönünden lehte kıyas yapılmasına kanunî bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenler, bir başka deyişle hukuka uygunluk nedenleri konusunda kıyas işleminin yapılabileceği kabul edilmelidir. Lehte kıyas, aynı şekilde, isnat edilebilirliği ortadan kaldıran veya azaltan nedenler yönünden olduğu gibi, açıklayıcı ceza normları yönünden de mümkündür¹²⁵. Bazı yazarlar lehte de aleyhte de olsa kıyasın mümkün olmadığını savunmaktadırlar¹²⁶.

YTCK eskisinden farklı olarak kıyas yasağını açıkça düzenlemiş ve mutlak hale getirmiştir: "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz" . Bu düzenlemeden iki sonuca ulaşılabilir¹²⁷. Kıyas yasağı sadece kanunların suç ve ceza içeren hükümleri bakımından söz konusu olabilir. YTCK'nın birinci kitabı genel hükümler, ikinci kitabı özel hükümler başlığını taşımaktadır.

¹²⁴ Erem/Danışman/Artuk 93; Erem 75.

¹²⁵ Toroslu 62.

¹²⁶ Hakeri 37.

¹²⁷ Özbek 181.

YTCK'nın suç ve ceza içeren hükümleri özel hükümlerdir. O halde kıyas yasağı YTCK'nın özel hükümler bakımından geçerli olup genel hükümler bakımından aleyhe olmamak koşulu ile kıyas serbesttir. İkincisi kıyas aleyhe de lehe de olsa yasaktır.

Kıyas genişletici yorumdan da farklıdır. Gerçekten de, kıyasta kanundaki bir boşluğun doldurulması söz konusu iken, genişletici yorumda, mevcut bir hukuk kuralından kanun koyucunun gerçek iradesi ortaya konulmaya çalışılır. Bu nedenle, ceza hukukunda genişletici yorum mümkünken, kıyas yasaktır¹²⁸. Bu yasak kanunun tekelsizliği ilkesinden kaynaklanmaz. Çünkü kıyas, yeni normlar yaratma faaliyeti olmayıp, hareket noktası yazılı hukuk olan ve bu hukukun mantıkî yaygınlaşmasını sağlayan benzerliklere dayalı bir akıl yürütmedir. Söz konusu yasak, tam olarak, açıklık ilkesinden kaynaklanır. Gerçekten de kıyas, ister yazılı hukukun bütünleştirilmesi, ister hukuk düzeninin yine bu düzende potansiyel olarak var olan normları açıklamaya yönelik bir yorumu olarak anlaşılın, açıklık ilkesinin yargıcın açıkça öngörülen haller dışında ceza vermesini ve böylece muhtemel keyfiliklerini önlemeye yönelik olan garanti edici amacıyla çatıştır¹²⁹.

Kıyas yasağı, TCK m. 2/3'te “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”¹³⁰ şeklinde düzenlenen kıyas yasağı ikinci cümlesi nedeni ile, karışıklığa yol açabilecek niteliktedir. Karşılaştırmalı hukukta birçok kanun, kanunilik ilkesini belirttikten sonra, kıyas yasağına ayrıca yer vermemiştir. Kaldı ki, TCK'daki düzenlemede kıyas yasağının ne anlama geldiği hatalı bir şekilde tanımlanmaktadır. Çünkü “kıyas ve genişletici yorum kavramlarının aynı cümlede birlikte kullanılması, ceza hukukunda izin verilen genişletici yorum yönteminin

¹²⁸ Demirtaş 120.

¹²⁹ Toroslu 62.

¹³⁰ Gereğe “«... suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus “ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir. »

kullanılmasına müsaade etmeme sonucunu doğurabilecektir. Fakat ceza hukukunda kıyas yasak olmakla birlikte, genişletici yorum mümkün olduğundan; TCK m. 2/3'teki bu hükmü, genişletici yorum yasağı değil, kıyas yasağı şeklinde anlamak gerekir. Nitekim Fransız CK m. 114/4 teki “ceza kanunları dar yorumlanır” hükmünün geniş yorum yasağı değil, kıyas yasağını kapsadığı kabul edilmektedir¹³¹.

Yorum sınırlarını aşan kıyas ise, kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış olan bir fiilin, bununla bazı yönlerden benzerlik arzeden başka bir fiil ile ilgili suç tanımı kapsamında değerlendirilmesidir. Esasen haksızlık teşkil eden bazı fiillerin suç olarak tanımlanması konusunda ceza kanunlarında boşluklar olabileceği, kaçınılmaz bir gerçektir. Ancak, bu gerçeğe rağmen, kıyas yoluyla suç ihdası kabul edilmemiştir. Kanunun açıkça suç olarak tanımlamadığı bir fiilden dolayı bir kişiyi cezalandırmak, somut olayda rahatsız edici görünse bile hukuk güvenliğiyle bağdaşmaz.

YİBK 04.04.1990 gün ve 2/3 sayılı kararı ile genişletici yorumla kıyas arasındaki sınırın belirsizliğinden yararlanarak, “genişletici yorum” yaptığından bAİHSle, fakat aslında kıyas yöntemini işletmek suretiyle, kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmayan bazı fiillerin “suç” oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu yöntemle Yargıtay, başkasına ait telefon şebekesinin izinsiz ve yetkisiz olarak kullanılması halinde, hırsızlık suçunun olduğu yönünde içtihadta bulunmuştur. Bu içtihadın gerekçesinde Yargıtay, kıyas yapmadığını, sadece genişletici yorum yaptığını ifade etmiştir¹³². Ancak YİBK. vardığı bu sonuç yeterli görülmediğinden 1991 yılında 3756 s. Kanunla, 765 s. TCK'nun 491. maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır.” hükmü getirilmiştir.

Bazı müellifler bundan hareket ederek kanunsuz suç olmaz ilkesinin mevcut olmakla birlikte kanunsuz ceza olmaz ilkesinin mevcut olmadığını ileri

¹³¹ Demirtaş 120.

¹³² Engin Şafak. Hırsızlık, Yağma ve Dolandırıcılık Suçları ile İlgili Müşterek Hükümler.(Ankara: İmaj yayıncılık, 2002) 20.

sürmüşlerdir¹³³. Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının ceza hukukunda katı bir şekilde uygulanması genel kabul görmüş bulunmasına rağmen, birçok modern kanunlarda cezalar alt ve üst sınırlar gösterilerek tanımlanmaktadır. Bu kanunların genelde soyut olarak tanımlanması, her eylemin özelliği, sanığın kişiliği, duruşmadaki tutum ve davranışları, suçun ortaya çıkarılmasındaki katkıları, suç sonrası davranışları göz önüne alınarak alt ve üst sınırlar arasında ölçülü bir cezanın tayin edilmesini hâkimin takdir yetkisine bırakmaktadır. Bu cezaların kişileştirilmesinin doğal bir sonucu olup, kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinin anlamına gelmeyeceği aşikârdır. Her eylem aynı nitelikte işlenmediğinden cezaların alt ve üst sınırlar arasında tanımlanmasını adalet duygularına daha uygun olduğu kabul edilebilir. İlke kanunsuz suç olmaz ilkesi kanunsuz ceza olmaz ilkesini de doğal olarak barındırmaktadır. Bunları birbirinden ayırma olanağı yoktur. Kanunsuz ceza olmaz ilkesi kabul edildiğinde kanun suç olmaz ilkesi de yok edilmiş olur. Sadece suçları tanımlayan ancak bunlara bir müeyyide getirmeyen ceza hukuku sistemi düşünülemez.

YCGK 19.04.1993-16/100 sayılı kararında 2929 sayılı Yasanın 48. maddesinde yer alan KİT personelinin memur gibi cezalandırılmayacağına ilişkin hükmün 233, 308, 309 KHK ile yürürlükten kaldırıldığı söylenemeyeceğinden, Anayasa Mahkemesinin 13.08.1991 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 4.4.1991 gün ve 12/7 sayılı kararı üzerine KİT personelinin memur gibi cezalandırılacağı üzerine bir yasal boşluk doğduğu ve bu boşluğun 13.02.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3771 sayılı yasa ile giderildiği ileri sürülemeyeceğinden KİT personelinin memur gibi cezalandırılmayacağına karar vermiştir¹³⁴.

27 Haziran 1995 tarihli 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamenin 11. kısmında Faydalı Model ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Faydalı Model belgesi (“Küçük Patent”) ile 156 ncı maddesi hükmüne göre yeni olan ve 10 uncu madde anlamında sanayide uygulanabilen buluşlar korunur. Tekniğin bilinen durumu ile ilgili kriter patentten farklı olarak faydalı model başvurusunda aranmaz. Faydalı Model Belgesinden doğan hakların 3. kişilerce ihlal edilmesi durumunda belge sahibinin ilgili savcılığa

¹³³ Erem 76.

¹³⁴ Bakıcı 25.

şikayet yoluyla taklitçi kişi veya kişiler hakkında işlem yapılmasını, gerekirse taklit ürünlerin toplatılmasını ve ceza davası açılmasını sağlaması mümkün müdür? 551 Sayılı KHK nin Faydalı Model ile ilgili olan 11. kısmında bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. 551 Sayılı KHK nin 166 . maddesinde ; “ Faydalı model belgelerine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı ve faydalı model belgelerinin özelliği ile çelişmediği takdirde, patentler için öngörülen hükümler, faydalı model belgeleri için de uygulanır” denilmektedir. 551 Sayılı KHK nin 164 maddesinde ise ; “ Patent sahibine tanınan koruma, faydalı model belgesi sahibine de aynen tanınır...” ifadesi yer almaktadır. 551 Sayılı KHK ye göre , “Patent sahibinin, üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak aşağıda sayılanların yapılmasını önleme hakkı vardır. Patent hakkına tecavüz dolayısıyla açılacak ceza davasında yapılacak yargılama sonucunda 551 Sayılı KHK nin 73/A maddesinde yer alan yaptırımlar uygulanacaktır. Bu cezai hükümlerin Faydalı Model için de uygulanması Ceza Hukukundaki “Kıyas yasağı” ile çelişir mi? 551 Sayılı KHK deki düzenleme “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”nin ve bu ilkenin sonucu olan “Kıyas Yasağı”nın ihlali niteliğinde bir düzenleme midir¹³⁵? Ceza hukukunda suç ve cezaların ancak kanunla koyulacağından KHK ile suç ve ceza oluşturulması Anayasanın 38 açıkça aykırıdır. Kıyas yoluyla yeni suç ve ceza oluşturmadır. Bazen uygulayıcılar mağdur tarafın zararını dikkate alarak bu zararı telafi etme düşüncesi veya adaleti gerçekleştirme kaygıları ile bu yola başvurmaktadırlar. Böylesi durumda çözüm yasal değişikliktir. Bu nedenle kanunkoyucu 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı kanunla aynı maddeye “Faydalı model” ibaresi de ekleyerek eksiklik giderilmiştir.

Ticaret hukuku alanında da şirketlerin sitelerinden girilerek bilgilerinin ifşa edilmesi veya ticari sırların ele geçirilmesi, modellerin çalınması, şirketlerin kapalı devre içerisinde gerçekleştirilen haberleşme sistemlerine girilmesi, ceza hukuku uygulayıcıların kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı ile sürekli karşı karşıya getirmektedir¹³⁶. Kanunkoyucu bazen elinde olmayan sebeplerden dolayı kanunda yorumlamaya açık veya gelişen toplum şartlarına uygun ibarelere yer vererek metindeki eksiklikleri gidermeye çalışmaktadır. Örneğin YTCK 125/2. maddesinde “Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi

¹³⁵ Adem Umur. 16.08.2007<http://www.turkhukuksitesi.com/makale_539.htm>

¹³⁶ 16.08.2007<ticaret.garanti.com.tr/icerik/goster.asp?t=a&c=4&i=031120011639271023201084705>

hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.” hükmüne yer vermiştir. Sesli, yazılı ve görüntülü iletilerin hızla gelişen ve sınır tanımayan teknoloji karşısında kapsamı günden güne değişmekte ve uygulayıcıların her somut olayda takdirine bırakılmaktadır.

Ceza Hukuku kurallarının yorumunda kıyasın yasak olduğu genel kabul görmektedir. Buna karşılık Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas kural olarak yasak değildir. Ancak bu demek değildir ki ceza muhakemesi hukukunda kıyas tamamen serbesttir. Ceza muhakemesinde istisnai hükümler kıyasa konu olmaz. Örneğin tutuklama sebepleri CMK m. 100’de sayılmıştır. Kıyas yoluyla bu maddenin genişletilmesi mümkün değildir. Bu istisna dışında kıyas, ceza muhakemesinde serbesttir¹³⁷.

3.3.1 Ceza Yasaları Kıyasa Yol Açacak Şekilde Geniş Yorumlanamaz

Ceza Hukuku kişi özgürlükleri üzerinde en etkili hukuk dalıdır. Bu nedenle ceza hukuku kuralları yorumlanırken çok dikkatli olunması gerekmektedir. Bu nedenle ceza hukuku yorum kurallarının bilinmesi uygulayıcılar için zorunludur. Ceza hukukunda her bir uygulama bir yorum faaliyetinden başka bir şey değildir. Kıyas yasağının bulunması, çoğu zaman kıyas ile yorumun birbirine karıştırılması, ceza hukukunda yorumun ne olduğu, sınırının ne olması gerektiği gündeme getirir. Uygulayıcının her somut olayda yüz yüze kaldığı yorumun iyi bilinmesi uygulayıcılara büyük kolaylık sağlayacaktır. Yorumun ve kurallarının ayrıntılı şekilde incelenmesinde yarar vardır. Ceza Uygulamacısını bağlayan kanun kendisidir, onun için kanunun ne demek istediğinin yani iradesinin ne olduğunun araştırılması zorunludur.

3.3.1.1. Ceza Hukuku Kurallarının Yorumu

Yorum(tefsir), bir hukuk kuralının anlam ve kapsamını belirlemek ve bu şekilde kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya koymak için yapılan zihinsel

¹³⁷ Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, 68.

faaliyettir¹³⁸. Diğer bir anlatımla yorum, bir hukuk kuralının anlamını açıklamaktır. Çoğu kez kanunda kullanılan kelimeler veya kanun metninin anlamının tespitinde bir güçlük çıkmaz. Ancak bazen hukuk kuralı belirsiz olduğu gibi, birden fazla manaya da gelebilir. İşte bu gibi durumlarda, kanunun uygulanmasını sağlamak için kuralın hakiki anlamını ortaya çıkarmak zorunluluğu hâsıl olur. Örneğin, TCK'nın 301 inci maddesinde yer alan "aleniyet", 243 üncü maddesinde geçen "bilişim sistemi" terimleri yorum yapılmasını gerektirmektedir¹³⁹. Burada hareket noktası normun objektif anlamını tespit etmektir¹⁴⁰.

Yorum, kanunun anlamını araştırmak ve açıklamak için başvuru olan zihinsel bir faaliyetten ibarettir. Bu açıklama işlemi olmaksızın, normun somut olaya uygulanması mümkün değildir. Yorum işlemi bütün kanunlar yönünden gereklidir. Bu nedenle kanunun açık olması halinde yoruma gerek bulunmadığı söylenemez. Çünkü bir kimseye açık gelen bir husus başka bir kimse için öyle olmayabilir. Öte yandan yorumcu, her zaman, normun sözlerinden doğrudan elde edilen sonuç ile, yani normun görünüşteki anlamı ile yetinemez; o aynı zamanda normun özünde yer alan anlamın ve gerçek kapsamını da araştırmak zorundadır¹⁴¹.

Gerçekten, diğer bütün hukuk dallarında olduğu gibi, Ceza hukukunda da ceza kurallarının uygulanması, ancak bu kuralları taşıyan metinlerin yorumu ile mümkün olur; ceza kurallarını kanunları yorumlamadan uygulamaya imkân olmaz. Sonuç olarak yorum, hâkim için normal ve her günkü bir faaliyettir. Aslında Ceza hukukunda kaynak teşkil eden mahkeme içtihatları ve doktrin de, esas olarak, metinlerin yorumlanması ile meydana gelir, yoksa bir metnin yorumlanması onun karanlık, vuzuhsuz olmasına bağlı değildir. Bu sebeptendir ki içtihat ve doktrin ancak dolayısıyla kaynak sayılmaktadır¹⁴².

Bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin ancak kanundaki bir hükümlerle belirlenebileceğini ifade eden suçların kanuniliği kuralı ceza hukukunda yoruma

¹³⁸ Demirbaş 121.

¹³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya 187.

¹⁴⁰ Öztan 127.

¹⁴¹ Toroslu 54.

¹⁴² Dönmezer/Erman 172.

ihtiyaç duyulmasına neden olur. Zira mahkemeler bir kimseyi ancak onun tarafından işlenen fiilin kanuni tanıma uygun olması halinde cezalandırabilirler. Bu uyumun tam olarak gerçekleştirilmesi de kanun metinlerinin doğru bir şekilde yorumlanmasıyla mümkündür. Hâkim yorum yaparken de herhangi bir makam veya kişinin kararı veya genelgesi ile bağlı değildir. Yorumda esas düşünce kanun koyucunun metindeki iradesini ortaya koymaktır. Yorum yapılırken sırf kanunun yapıldığı zaman değil, uygulandığı zamandaki sosyal şartlarda göz önüne alınmalıdır¹⁴³. Ancak yorum yapılan yasa metninin amacını aşacak şekilde de yorum yapılamayacağıdır. Ayrıca bağımsız ve tarafsız bir yorum hâkimin aynı konudaki mahkeme içtihatlarından, doktrinden, bu konuda yazılmış bilimsel eser ve makalelerden yararlanmasına engel değildir. Bu araştırmalara başvurulmadan yapılan bir yorumun sağlıklı olacağını söylemek mümkün değildir.

Yargıç yorum bahanesiyle olandan olması gerekene ulaşamaz, bu mantık dışıdır. Yargıç yorum yaparken bir kişi değil kurumdur. Yazılı bir metni yorum kurallarına göre algılamak ve uygulamak zorundadır. Zoraki yorum ya da normu örselemek, yorum yetkisinin çarpıtılmasıdır. Yargıç metne bağlı kalmalı, onun nesnel iradesine yalnızca metin içindeki sözcüklere amaca göre anlam vererek ulaşmalıdır. Bu da sözcükler daraltarak ya da genişletilerek yapılabilir. Ancak, yorum bahanesiyle metin revizyona tabi tutulamaz¹⁴⁴.

3.3.1.2. Yorumun Zorunluluğu

Gerçekten özellikle çağdaş kanunlar genel ibareler kullanmakta ve geniş ve kapsamlı yazılış tarzının somut olayları kapsayıp kapsamadığı, ancak, fikrî bir faaliyet olan yorumla anlaşılabilir. Kanunların yorumlanması, sadece kanun koyucunun metinleri açık olarak kaleme almış bulunup bulunmaması ile ilgili bir özellik olmayıp, kanunların uygulanmasında tabî ve zorunlu bir fikrî faaliyet gerekmektedir. Kanunların sayısının çok artmış bulunduğu çağımızda her zaman anlamları açık kanunlar yapılamadığı gibi yasamanın uygulamaları da tereddütlere neden olmaktadır. Belirli bir sosyal yararı korumak ve kurtarmak için meydana

¹⁴³ Demirtaş, 121.

¹⁴⁴ Selçuk 101.

getirilen bir ceza kanununun sosyal ve ekonomik hayattaki değişmeler karşısında amacına uygun şekilde uygulanabilmesi, yine yorumu zorunlu kılar; yasama tekniği bakımından bir metin ne kadar kesin ve açık şekilde kaleme alınacak olursa, uygulama alanının da o kadar daralacağı bilinmektedir. Bu sebep dolayısıyla sınırlı ve belirli hal ve durumlara dayanan mevzuat sistemi, bugünkü hukukta, tamamen ortadan kalkmıştır. Çünkü bu gibi metinler hem pek uzun olur ve hem de birçok boşluk ihtiva ederler. Meselâ genel âdaba karşı işlenen fiilleri cezalandırırken kanunkoyucu yorum ihtiyacını ortadan kaldırmak üzere bu çeşit, fiil ve hareketleri teker teker saymağa kalksa idi, binlerce maddelik bir kanun meydana getirmek gerekirdi ve neticede böyle bir metin, zorunlu olarak, yine de pek çok boşlukları bulunurdu. Bu sebep dolayısıyla, ceza kanunlarının da soyut ve genel formülleri göstermesi bir zorunluluktur. Bazen kanunkoyucu bir metni meydana getirirken, bilerek ve isteyerek gerçek maksadını açıklamaz ve hâkime kanunu şartlara uydurmak hususunda bir takdir yetkisi bırakmak ister, sonuç olarak bu gibi hallerde de yoruma başvurmadan kanunu uygulamak olmaz¹⁴⁵. Hâkimin takdir yetkisinin bırakılmış olması keyfilik anlamına gelmeyeceği gibi, hâkim tarafından da keyfi şekilde uygulanmaması gerekir. Bu keyfi uygulamalar Yargıtay uygulamaları ile azaltılmakta, bir yasa metni yorumlanırken objektif kriterler oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu şekilde hem uygulamada birlik sağlanmakta hem de keyfilik önlenmektedir. Yargıtay denetimine gelmeyen veya verildiği anda kesin olan kararlarda bu denetim idari yönden Anayasa'nın 144, HSK'nın 100 maddesi gereğince adalet müfettişlerince denetlenmektedir. Bu tip kanuna aykırılıklar kanun yararına bozma yoluyla veya mahkemelere yönelik öneriler listesi ile eleştiri konusu yapılarak uygulamada birlik sağlanmaktadır.

3.3.1.3. Ceza Hukukunda Yorum Diğer Hukuk Dallarından Farklı Mı?

Ceza hukukunda suçta kanunilik prensipinin hâkim ve geçerli bulunması, uzun zamanlar, Ceza hukuku ile diğer hukuk kolları arasında yorum çeşitleri ve metotları bakımından esaslı ve kesin bir farkın bulunduğu kanaatinin çok yaygın hale gelmesine yol açmıştır. Gerçekten suçta kanunilik prensipinin mantığının ceza mevzuatının manalandırılmasında dar yorum esasını gerekli kıldığı sanılmıştır. Söz

¹⁴⁵ Dönmezer/Erman 172.

konusu görüşün ceza mevzuatının yorumunda iki kuralı gerektirdiği ileri sürülmüştü: (Odiosa, poenalia sunt restringenda) yani, ceza kanunları dar yorumlanır ve (in dubio pro reo) yâni şüpheden sanık yararlanır. Gerçekten Montesquieu, Beccaria gibi, suçta ve cezada keyfîlik esasına itiraz, hattâ isyan eden yazarlar, bu esaslardan yana olmuşlardır, Montesquieu "Cumhuriyet rejimlerinde hâkimlerin kanun metinlerine sadık kalmaları gerektiğini, bu rejimlerin esasında bir vatandaşın aleyhinde kanunun yorumlanarak uygulanamayacağını"; "hâkimin ancak kanun sözlerini tekrarlayan bir ağızdan ibaret bulunması gerektiğini" Beccaria da "hâkimlerin kanunları yorumlayamayacaklarını, çünkü onların kanunkoyucu olmadıklarını" belirtmişlerdir. 1986 Fransız Ceza Kanunu tasarısının 111-4. maddesinde "Ceza Kanunu dar yoruma tâbidir" hükmü yer almış bulunmaktadır. Ancak Fransız Yargıtayı kararlarında hep "dar yorum"dan sözettiği halde, amaçsal, genişletici, geliştirmeci yorumlara çok sık olarak yer vermektedir.¹⁴⁶

Bu uygulamalara bakıldığında geçmiş dönemlerde ceza hukuku normları ile diğer hukuk dallarındaki yorumların farklı olduğu ceza hukukunda genellikle dar yorum yapılması gerektiği, eğer kanunda şüpheli bir durum varsa sanık lehine yorumlanması gerektiği kabul edildiği görülmektedir.

Bugünkü Ceza hukuku, söz konusu anlayıştan ayrılmıştır ve yorum bakımından, gerek metod, gerek araç ve gerek yorum çeşitleri itibarıyla Ceza hukuku ile diğer hukuk dalları arasında bir farkın bulunmadığı kabul edilmektedir. Ceza hukukunda dar yorum doktrini kanunilik ilkesine dayanır; amaç kişi özgürlüğünü korumaktır; ancak bu ilkenin bizzat korunmak istenen kişinin menfaatleri aleyhine yöneltilmesi mantıksız ve abes olur. Bundan çıkan sonuç şu olmaktadır ki, kovuşturulan kişinin aleyhinde olan hükümlerin dar yoruma tâbi tutulmasını engelliyen bir ilke söz konusu olamaz. Gerçekten yorum, kanunun anlamını belirtmek bakımından, kanun koyucunun iradesini meydana çıkarmağa yarayan fikrî bir ameliyedir. Sonuç olarak, bütün diğer hukuk dallarında olduğu gibi Ceza hukukunda da kanun koyucunun iradesinin saptanmasına çalışılmaktadır. Bu iradeye erişmek için başvuru ve aşağıdaki bahislerde açıklanacak olan usuller ve araçlar

¹⁴⁶ Dönmezer/Erman 174.

ise bütün hukuk dalları için aynıdır. Özet olarak yorum konusu bakımından Ceza hukukunun ayrı bir özelliği bulunmadığı bile söylenebilir¹⁴⁷.

3.3.1.4. Yorum ile Kıyasın Farkı

Ceza hukukunda kıyas ile yorum birbirine karıştırılmaktadır. Yorumda yasada bir düzenleme vardır ve yasal düzenleme yorumun dayanağını oluşturur. Kıyasta ise yasa da hüküm bulunmaz; mevcut boşluk doldurulmaya çalışılır. Yorum dayanağını yasadan aldığı için kanunilik ilkesinin güvence oluşturma işlevi bakımından sakınca yaratmaz¹⁴⁸.

Kıyas, kanunun belirli bir fiil ve hareketi, yine belirli bir tarzda cezalandırmakta iken, aynı derecede kötü diğer bir hareketi cezalandırmamış sayılamayacağı düşüncesi ile mevcut bir kuralı, kanunun öngörmediği bir hale uygulamayı gerektiren fikrî bir faaliyettir; kıyas kanunkoyucunun öngörmediği bir kuralı, hâkimin belirli bir muhakeme tarzı ile icat etmesini ifade eder. Kıyas saiklerdeki benzerliğe dayanmak suretiyle, öngörülen bir kuralın kanun tarafından öngörülmüş olmayan başka bir hale uygulanması demektir. Kıyas kanunun mânasını anlamak için değil, fakat boşluklarını doldurmak için yapılan bir teşmil, yahut genişletme ameliyesidir. Kıyas birbirinin aynı olmayan, fakat birbirine benzeyen olaylara aynı kuralın uygulanması demektir; böylece kıyasa başvuran kimse, kanunkoyucuya özgü bir faaliyeti yapmış olmaktadır¹⁴⁹.

3.3.1.5. Yorumda Amaç

Yorumda esas, kanunkoyucunun metinde belirtilmiş olan iradesinin saptanması, bu iradeye göre metnin gerçek ve asıl anlamının tâyinidir. Kanunlar yapıldıktan sonra kanunlardaki uygulama zamanındaki irade mi dikkate alınacak yoksa kanunkoyucunun ilk kanun yapımındaki irade mi dikkate alınacaktır. Yoksa kanunlar yapıldıktan sonra kanunkoyucunun iradesinden soyutlanmakta objektif nitelik kazanarak uygulama anında kanunun ne anlama geldiği mi araştırılacaktır.

¹⁴⁷ Dönmezer/Erman 174.

¹⁴⁸ Özbek 186.

¹⁴⁹ Dönmezer/Erman 175.

Birinci görüşe göre Kanun metinleri, bilinçli ve düşünülerek meydana getirilmiş bir eser niteliğini gösterdiklerinden, bazı yazarlar bir kanun hükmünün yorumlanmasının kanunkoyucunun sübjektif iradesini aramak anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir. İkinci bir görüşe göre ise, meydana getirilen kanun, onu meydana getirmiş olanların iradelerinden bağımsız bir varlığa bürünür ve kendisine özgü objektif bir iradeye sahip olur. Kaldı ki, kanunkoyucunun iradesi de sonunda bir varsayımdır. Sonuç olarak diyebiliriz ki, söz konusu olan ve araştırılması gereken husus kanunun objektif iradesidir. Ceza hukukunda yorum bu iradeyi açıklayıcı nitelikte bulunmak gerekir¹⁵⁰.

İkinci görüşün daha uygun olduğu, böylece kanun yapıldıktan sonra zaman içerisinde toplumsal hayatta meydana gelen değişimler ve gelişmelere geliştirici yorum ile kanunkoyucunun iradesinin, kanun uygulandığı sırada anlaşılması sosyal şartlara daha uygun olduğu söylenebilir.

3.3.1.6. Yorumun Araçları

Yorum yapılırken bir hukuk kuralının anlam ve kapsamı belirlenmeye, yani kanun koyucunun iradesi ortaya konulmaya çalışıldığından başvurulan araçların başında, onun sözleri yani lâfzı gelir. Bu bakımdan, sözlerin belirttiği anlam ve kapsamın, hukuk kuralının gerçek amacını yansıttığı kabul edilir. Elbette bu yapılırken gramer ve mantık kuralları ile dilin kapsamından, kanunun hazırlık çalışmaları, gerekçesi, meclis tutanaklarından da yararlanır¹⁵¹. Kanunkoyucunun iradesini tesbit etmeyi hedef güden yorum bir sanattır; hukukçu bu sanatı yavaş yavaş ve tecrübe ile elde eder ve yorum alışkanlığı böylece meydana gelir¹⁵².

Yorum aracı olarak karşılaştırmalı hukuk ve hukukun genel ilkeleri önem taşır. Gerçekten de kanunların orijinal hüküm içermeleri yanında, diğer ülke kanunlarındaki kurumlara yer verdikleri veya iktibas yoluyla oluşturdukları

¹⁵⁰ Dönmezer/Erman 177.

¹⁵¹ Demirtaş 121.

¹⁵² Dörmezer/Erman 187.

bilinmektedir. İşte bir hukuk kuralının yorumlanmasında bu kuralın karşılığı olan diğer ülke kanunlarındaki kuralın işleyiş tarzının dikkate alınması gerekir¹⁵³.

3.3.1.6.1.- Gramatik Araç

Bu yorum biçimine, dilbilimi yorumu, lafzi veya söz yorumu da denir. Kanun metnini oluşturan sözlerin veya deyimlerin anlamlarının açık olarak bilinmesi, bazen kanun metninin gerçek anlamını ortaya koymak bakımından yeterli olmayabilir. Bu takdirde, cümlenin ya da anlatımın dilbilgisi kurallarına göre tahlil edilmesi gerekir. Cümle yapısının analizi, sözlerin sırası, cümlede yüklendikleri görev ve noktalama işaretlerinin dikkate alınması bu kabildendir¹⁵⁴.

Gramatik yorumda, kanun metninin anlamı çözümlenirken kelimelerin en sade ve tartışmasız hallerine önem vermek gerekir. Ancak bazen bir kelimenin toplumda kullanılış şekliyle, hukuki(teknik) anlamda kullanılması farklı anlamlara gelebilmektedir. Yorumda bazen teknik anlamına bazen de toplumda kullanılan anlamına üstünlük verildiği gözükmektedir. Hukukun farklı dallarında aynı kavramlara farklı anlamlar verildiği de görülmektedir. Gramatik yorumda bu hususa da dikkat etmek gerekir. Örneğin, "kamu görevlisi" kavramına idare hukukunda verilen anlamla, ceza hukukunda verilen anlam (YTCK.m.6/1-c) birbirinden farklıdır.

Gramatik yorum yapılırken, YTCK'nın bir kavramın tanımına ilişkin hükümleri dikkate alınmalıdır. Yasa'nın 6. maddesinde, vatandaş, çocuk, kamu görevlisi, yargı görevi yapan, gece vakti, silah, basın ve yayın yolu, itiyadı suçlu, suçu meslek edinen kişi ve örgüt mensubu suçlu deyimlerinin ne anlama geldikleri belirtilmiştir. Ayrıca bu madde dışında da bazı kavramlar, ilgili buldukları bölümlerde tanımlanmıştır. Örneğin, ülkeden ne anlaşılması gerektiği araştırılırken 8. maddeye, kast-olası kast kavramları için 21. maddeye, taksir

¹⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya 192.

¹⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya 187.

bilinçli taksir için 22 nci maddeye bakılmalıdır¹⁵⁵. Gramatik yorumla bir sonuca ulaşılamazsa, diğer yorum araçlarına müracaat edilmelidir.

3.3.1.6.2. Hazırlık Çalışmaları

Tarihsel yorum da denilen bu yorum aracında hukuk kuralının yürürlüğe girene kadar geçirmiş olduğu aşamalar incelenerek anlam tespit edilmeye çalışılır¹²⁴. Nitekim bir hukuk kuralı yürürlüğe girene kadar birkaç hazırlık aşamasından geçer. Önce teklif veya tasarı olarak yasama organına sunulur. Mecliste ilgili komisyonlarda tasarı veya teklifle ilgili müzakerelerde bulunulur, değişik fikirler ve yorumlar ileri sürülür ve hazırlanan metin, gerekçeleriyle birlikte meclis genel kuruluna gönderilir. Burada da görüşülüp kabul edilen yasa metni, Cumhurbaşkanı'nın onayıyla resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girer. Tüm bu teklifler, tasarılar, gerekçeler, görüşmeler tutanak dergisinde yayınlanır. İşte bir hukuk kuralının anlamını araştırırken, uygulayıcı o kuralın oluşum tarihçesinden yararlanır¹⁵⁶. Bu kaynakların yorumcuyu bağlamayacağı açıktır. Ancak tarihsel bu gelişim yorumcuya yardımcı olarak bakış açısını belirler ve ayrıntıları düşünmeye sevk ederek yorum zenginliği sağlar. Bu şekilde yorumcuya yararlı olur.

Kanunun gerçek anlamını tespit etmek için tarihî unsurlardan, yani hukukî kuramların tarihî gelişiminin gözlemlenmesinden de yararlanır. Böyle bir gözlem, bize kurumun menşesine ulaşmak ve zaman içindeki gelişimini izlemek imkânım verir. Ancak tarihî bir değerlendirme yaparken ani sapmalara dikkat etmek gerekir¹⁵⁷.

3.3.1.6.3. Sistematik Araç

Kanundaki maddeler, hukuki konularına göre (örneğin, 765 sayılı TCK'da kitap, bap ve fasıl, TCK'da ise kitap, kısım ve bölüm şeklinde) bir sistem dâhilinde düzenlenmişlerdir. Her hangi bir hukuk kuralının

¹⁵⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya 188.

¹⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya 188.

¹⁵⁷ Toroslu 58.

yorumlanmasında, kanunda yer aldığı kısım ve bölüm göz önünde tutulur. Diğer bir anlatımla bir madde şu kısımda düzenlendiğinde başka, bu kısımda yer aldığı ise, başka bir anlama gelir. Nitekim örneğin, YTCK.nun kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmının yedinci bölümü hürriyete karşı suçları düzenlemektedir. Bu bölümde yer alan "konut dokunulmazlığının ihlali suçunda" (m.116) konuta karşı işlenen fiil mala karşı değil, hürriyete karşı suç sayılır. Bu bakımdan konut olarak inşa edildiği halde henüz taşınılmamış olan veya kiracısı çıktıktan sonra veya kiralandığı halde daha henüz kiracı yerleşmediğinden boş kalan yer veya sahibi tarafından belirli bir süre terkedilmiş mahal konut değildir. Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunda korunan hukuki yarar hürriyet olduğuna göre, diğer bir deyişle, bu fiil hürriyet aleyhine işlenen bir suç olduğundan, boş mahallere girme mesken masuniyetini bozma suçuna vücut vermez. TCK.nun millete ve devlete karşı suçlara ilişkin dördüncü kısmının ikinci bölümünde adliye karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan "iftira suçunda" çeşitli makamlar nezdinde masum bir kimseye asılsız hukuka aykırı bir fiil isnadı yapılması cezalandırılmaktadır (m.267). Ancak bir suçun faili olarak hakkında devletin yargı organınca takibat yapılması mümkün olmayan kişiler (örneğin, akıl hastaları, 0-12 yaş arası küçükler) aleyhinde yapılan asılsız isnatlar, adli makamlar gereksiz takibata başlamayacaklarından iftira suçunu oluşturmaz. Bu ihtimalde şartları varsa kişiye karşı suçlardan hakaret suçu (m. 125) gerçekleşebilir¹⁵⁸.

Sistematik yorum her zaman başvurulabilecek bir yöntem değildir. Nitekim kanunun sistematigi çelişkili veya eskimiş ya da gereken özen gösterilmeden sistemleştirilmişse, belirli bir hukuk kuralının yorumlanmasında bu araca müracaat edilemez.

3.3.1.6.4. Mantık

Düşünsel bir faaliyet olan yorumda, mantık bilimin kurallarından yararlanmamak mümkün değildir. İbarelerin anlamının belirlenmesinde ve bunlara dayanarak kanun koyucunun iradesini anlamakta mantık esaslı şekilde

¹⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya 190-191.

hizmet eder. Mantığa, yorumda bazı yazarlar fikrî araç adını vermişlerdir. Meselâ kanun, belirli bir husus bakımından sayma (tadat) sistemini benimsemiş ise, prensip itibariyle her ibareye ayrı anlam vermek gerekir; çünkü mantık bunu gerektirmektedir. Bir hususun bütününe hedef tutan maksadın onun bir kısmını da ifade etmiş bulunacağı tabîdir¹⁵⁹.

Örneğin, ETCK m. 521/4 göre "Tarla ve arazisine kuş veya kümes hayvanları girmiş olan şahıs bunları zarar ıka ederken görüp de öldürürse cezaen mesul olmaz". O halde öldürmeyip yaralasa da faile ceza verilmeyecektir. Zira daha az zarar verilmesi evleviyetle kabul edilmelidir¹⁶⁰. YTCK.nın 9. maddesi uyarınca "Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye'de yeniden yargılanır" denmektedir. Bu durumda yurt dışında yargılanan ancak hakkında hüküm verilmemiş olan kimse hakkında da bu madde uygulanır, çünkü çoğun mazur görüldüğü yerde az haydi haydi mazur görülür ve karşıt kavramdan anlam çıkarma kuralıdır. Örneğin, TCK.nun 109 uncu maddesinde, bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması cezalandırılmıştır. Şu halde, meşru sebebe istinaden bir kimsenin hürriyetinin kısıtlanması suç teşkil etmez (CMK.m.90,91) yorumda mantığın kullanılmasıdır¹⁶¹.

3.3.1.6.5. Sosyolojik Araç

Ceza kanunları yorumlanırken ülkenin yapısı, halkın uygarlık derecesi gibi sosyal gerçekler nazarı itibara alınmalıdır. Sosyal oluşumu bilmeden hukuk kurallarının uygulamak bizi yanlış sonuçlara götürür. Ancak yorumda sosyolojik araçtan faydalanırken belirlenmesi mümkün olmayan ölçüler dikkate alınmamalıdır. Örneğin, YTCK.nın 232. maddesinde yer alan "kötü muamele" suçunda, failin terbiye hakkından doğan disiplin yetkilerini kötüye kullanıp kullanmadığı belirlenirken sosyolojik yorumdan istifade edilebilir. Yine, aile

¹⁵⁹ Dönmezer/Erman 188.

¹⁶⁰ Özbek 190.

¹⁶¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya 190-191.

hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği saptanırken de (m.233), ülkenin sosyal gerçekleri nazara alınır¹⁶².

3.3.1.6.6. Karşılaştırmalı Hukuk

Günümüzde kanunların, orijinal hükümler ihtiva etmeleri yanında, diğer ülke kanunlarındaki müesseselere yer verdikleri veya iktibas yoluyla oluşturuldukları bilinmektedir. İşte bir hukuk kuralı yorumlanırken, bu kurala tekabül eden diğer ülke kanunlarındaki müesseselerin işleyiş tarzının veya iktibas halinde kaynak kanun uygulamasının göz önüne alınması yerinde olur. Örneğin ETCK'nın hükümlerinin yorumunda, ülkemiz öğretisinde ve Yargıtay uygulamasında sık sık kaynak kanuna (1889 İtalyan CK) ve mukayeseli hukuka müracaat edildiği görülmektedir. Aynı şekilde TCK'nın birçok hükmü değerlendirilirken, bu hükümlere kaynaklık teşkil eden ülke ceza yasalarındaki (örneğin, Alman, Polonya, Rus, İspanya, İsviçre CK.'ları) düzenlemeler nazara alınabilir. Belirtelim ki, karşılaştırmalı hukuktan faydalanarak yorum yapılırken, ülke koşullarından kaynaklanan farklılaşma gözden kaçırılmamalıdır. Buna karşın iç hukukun, aynı uygarlık düzeyinde olan ve aynı direktiflerin geçerli bulunduğu ülkelerin hukuku ile karşılaştırılması da yorum yönünden yarar sağlayabilir¹⁶³.

3.3.1.6.7. Hukukun Genel İlkeleri

Bir kanun metninin yorumunda yazılı hukuk kurallarına başvurulabileceği gibi, yazılı olmayan fakat bütün hukuk düzenlerinde yerleşmiş prensipleri oluşturan "hukukun genel ilkeleri"ne de araç olarak müracaat edilebilir. Örneğin, eşitlik, ahde vefa (pacta sunt servanda), aynı eylemden iki kere ceza verilmemesi (non bis in idem), kimsenin kendi kendini suçlamaya zorlanamaması, suçsuzluk karinesi, siyasi suçlu olması nedeniyle iade edilmeyen kişinin ülkede yargılanamaması, iyi niyet karinesi, insan haysiyetinin dokunulmazlığı gibi. Hukukun genel ilkeleri birçok hukuk dalında uygulama

¹⁶² Artuk/Gökçen/Yenidünya 192.

¹⁶³ Toroslu 58.

alanı bulur. Ceza Hukuk, Medeni Hukuk, İdare hukuk, Anayasa hukukunda uygulama alanı bulmaktadır.

3.3.1.7. Yorum Çeşitleri

Doktrin tarafından kabul görmüş ayırım, biçimsel ve maddi bakımdan olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁶⁴.

3.3.1.7.1. Biçimsel Bakımdan

Yorum yorumu yapan organa göre, yasama yorumu, yargı yorumu ve doktrin yorumu olmak üzere üçe ayrılır.

3.3.1.7.1.1. Yasama Yorumu

Yasama organının yaptığı yorumdur ve iki şekilde olur.

Bunlardan ilki kanunkoyucunun kanunda geçen kavramların anlamlarını bazı maddelere yer vermesi sureti ile gerçekleşebilir.

Yasama meclisinin bir kanun kuralının anlamını aydınlatmak için yaptığı yoruma yasama yorumu denir. Bu yorum çeşidi kanunu yapan organın onun anlamını en iyi tayin edebilecek durumda olduğu düşüncesine dayanır¹⁶⁵. YTCK'da bazı hükümlerde silah, memur, gece vakti kavramları geçmektedir. Genelde bu durumlarda suçun ağırlaşmış şekli kabul edilmektedir. Bu kavramların ne anlama geldiği YTCK 6. maddesinde tanımlanmıştır¹⁶⁶. Kanunkoyucu düzenlemede geçen terimlerin anlamını gösteren bazı maddelere bizzat kanunda yer verebilir. Bunlara "yorum hükümleri" adı verilir. Diğer bir anlatımla bir kanunun bazı hükümleri aynı kanunun diğer hükümlerini yorumlamak, aydınlatmak için konulmuş ise, yorum hükümlerinden bahsedilir.

¹⁶⁴ Dönmezer/Erman 177; Demirtaş 122.

¹⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya 193.

¹⁶⁶ Demirtaş 122.

Yasama yorumunun niteliği bakımından genel olarak şunlar söylenebilir: kanunkoyucu tarafından yapılan yasama yorumu, yorumlanan metinlerin ruh ve anlamına uygun bulunmalıdır. Kanunkoyucu bu gibi hallerde, sanki bir hukukçu gibi, uygun bir yorumda bulunmak gerekir. Kanunkoyucu yorum vesilesiyle yeni hükümler koymaya kalkışmamalıdır. Böyle bir davranış hem suçta kanunilik prensibinin zorunluluklarına aykırı düşer, hem de uygulamada çeşitli güçlüklerin meydana gelmesine sebep olur¹⁶⁷.

Ceza kanunlarında tanıma ilişkin düzenlemelere yer verilirken, kavramların olabildiğince objektif, genel, soyut kavramlar olması, tereddütlü kelimelerin seçilmemesi gerekir. Çünkü kanunun yapıldığı zaman dilimi içerisinde geçerli olan kavramların zaman içerisinde geçerliliği yitirdikleri, hızlı teknolojik gelişmelerin aletlere ilişkin yapılan tanımları yetersiz bıraktığı, uygulamada gelen örneklerin tanıma uymakta zorlandığı veya bir kısım kanunlar değişirken, diğer kanunlarda herhangi bir değişik yapılmadığı, bu kanunlarda yer alan kavramlar ile yeni yürürlüğe giren kanunlar yapılan tanımların çelişkili olduğu gözükmemektedir. Bu nedenle tanımların uygulamaya ve yerleşmiş içtihatlarla bırakılmasında fayda bulunmaktadır. Örneğin TCK memur kavramı ile idare hukukundaki memur kavramı birbirini karşılamamaktadır. Okul hizmetlisi ceza hukuku açısından memur¹⁶⁸ sayılmazken, idare hukuku anlamında yardımcı hizmetler sınıfına dâhil memurdur.

İkincisi ise, sonradan gerek görülerek, yasama organına yapılacak başvuru üzerine, yasama organınca yapılan yorumdur; buna “yorum kararı” da denir. 1924 Anayasası m. 26’da, kanunu yapan yasama organı olunca, onun anlamını en iyi anlayabilecek olanın onu yapan olduğu esastan hareketle buna yer vermişti. Nitekim TBMM karşılıksız çek keşide edenlerin ETCK m. 503’teki dolandırıcılık hükmü gereğince cezalandırılacaklarını kabul etmişti. Bu nedenle, 19.03.1985 tarih ve 3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması

¹⁶⁷ Dönmezer/Erman 178.

¹⁶⁸ 4.C.D. 27.03.1997 gün ve 1753-1284 sayılı kararında özetle “Adliye hizmetlisi olan sanığın, gördüğü işin niteliğine göre 765 sayılı TCK.nın 279. maddesi kapsamında memur sayılmadığı gibi, izinsiz olarak işe gelmekten ibaret eylemin disiplin cezasını gerektirdiği, görevi savsama suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı...” (Erol Çetin, Açıklamalı İçtihatlı Ceza Hukukunda Memur Suçları. Ankara: Eda Yayıncılık, Mart 2000. s. 19).

Hakkındaki Kanun” yürürlüğe girinceye kadar, karşılıksız çek keşide edenler hakkında, 503. maddesi uygulanmıştır¹⁶⁹.

Ancak 1961 Anayasası bu kurumu kaldırmış ve yasama organının yorumda bulunmasını kabul etmemiştir. Gerekçesinde bu konuda şöyle denilmektedir: "Kanunun resmî tefsiri, normal olarak, yargı yetkisine giren bir husustur. Tamamiyle bağımsız bir hale getirilmiş olan yargının teşrî bir tefsirle bağlanabilmesi düşünülemez. Yasama, eğer çıkardığı kanunun maksadını karşılamadığını da mahkemelerin tatbikatı sebebiyle görürse, bu kanun istediği muhtevayı taşıyor demektir. Bu takdirde yapılacak şey kanunu değiştirmekten ibarettir. Bu bakımdan modern hukuk anlayışı ile bağdaşmayan tefsir yetkisi tasarıya alınmamıştır". 1982 Anayasası da bu sistemi benimsemiştir¹⁷⁰.

1961 ve 1982 Anayasalarında yasama meclisinin yorum yapma yetkisinin kaldırılması isabetli olmuştur. Çünkü yargı mercinin önünde bulunan bir olayla ilgili yasama tarafından yorum yapılması, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin zedelenmesine neden olabilir. İster istemez normu somut olaya uygulamak zorunda kalan hâkim yasama yorumunun etkisi altında kalabilir.

3.3.1.7.1.2. Yargı Yorumu

Yargı organlarını yaptığı yorumdur. Mahkemenin, önüne gelen bir davaya bakarken, kanunun anlamını belirlemesidir. Burada, soyut kurallar somut olaylara uydurulmak için yorum yapılır¹⁷¹. Mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlık konusu olayla sınırlı olarak bir hukuk kuralını yorumlamasına yargı yorumu denilmektedir. Hâkim önüne gelen dava nedeniyle ilgili hükmün belirsiz, anlaşılabilir olduğu gerekçesiyle kanunu uygulamayacağını ileri süremez. Onun görevi, açılan her davayı sonuçlandırarak karara bağlamaktır. Bu nedenle hâkim uygulanması istenen hükmün anlamını saptamak, dava konusu olan hadiseye tatbik imkânını araştırmak ve böylece yasayı yorumlamak mecburiyetindedir. Bu

¹⁶⁹ Demirtaş 121; Artuk/Gökçen/Yenidünya 193.

¹⁷⁰ Dönmezer/Erman 178.

¹⁷¹ Demirtaş 123.

şekildeki bir yorum, yukarıda da belirtildiği gibi, ancak görülmekte olan davayla sınırlı bir değer taşıdığından, başka mahkemeleri bağlayıcılığından söz edilemez.

1982 Anayasasının 138 inci maddesinin 1 inci fıkrasında hâkimlerin bağımsızlığı güvence altına alınmıştır. Bu nedenle hâkimlere yargılama konusunda şu veya bu karara varmaları için emir verilemeyeceği gibi onlar başka olaylarda daha önceden verilmiş kararlarla da bağlı değildirler. Ancak bu tatbikat sonucu, benzer olaylarda hukuk kuralının farklı şekillerde uygulanması mahzuru doğabileceğinden, yorum birliğini sağlamak için hâkimlerin kararlarına karşı yasal çareler kabul edilmiştir. Kanun yollarına başvuru sonucu Yargıtay'ın uygulamada birliği sağlamasıdır. Hâkimlerin daha önce verilmiş kararlarla bağlı değildirler. Bu kuralının istisnasını Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararları teşkil etmektedir(Yargıtay Kanunu m.45). Bu maddeye göre “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” . Bu durum yasa ile düzenlendiğinden hâkimlerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum oluşturmazlar. Hâkimin önüne gelen olayda uygulanması gereken norm çok açık ise hâkimin yorum yoluna başvurmasına gerek bulunmamaktadır.

3.3.1.7.1.3. Doktrin Yorumu

Hukukçuların yaptığı yorum olup somut olayla bağlı kalmaksızın yapılan yorumdur¹⁷². Bir hukuk kuralının bilim adamları, hukukçular tarafından yorumlanmasına bilimsel yorum denir. Başka bir deyişle, resmi yorumdan ayırmak için özel yorum denildiği gibi, bilimsel içtihat, doktrin adı da verilmektedir¹⁷³. Yargı yorumunun aksine genellikle olay dolayısıyla yapılmayan bu çeşit yorumu, hukukçular, bilim adamları mevzuatın daha iyi anlaşılmasını ve uygulanmasını sağlamak için, çeşitli ihtimalleri düşünerek gerçekleştirirler. Özel çalışma ürünü olması dolayısıyla resmi makamları, mahkemeleri bağlamayan bu

¹⁷² Demirtaş 124.

¹⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya 195.

tür yorum, söz konusu mercilere yol gösterici, aydınlatıcı, yardımcı bir rol oynar¹⁷⁴.

Bilim adamları genellikle incelemelerini belli bir olayla bağlı olmadan yaptıklarından, fikirleri objektif ve tarafsız bir nitelik taşır. Ayrıca onlar bir konuyu incelerken hâkim veya savcılar gibi, meseleyi belli bir sürede sonuçlandırmak yükümlülüğünde de bulunmadıklarından daha titiz çalışmak olanağına sahiptirler. Nitekim doktrin yorumunu yapanın tatbikatta çıkabilecek meselelerden haberi olmadığından soyut düşünmesine, görüşlerinin sonuçlarını dikkate almamasına mukabil uygulayıcılar verecekleri kararlar karşısındaki insanı, onun ailesini etkileyebileceklerinden daha dikkatlice düşünmek ve davranmak zorundadırlar. İkinci bir sakınca da her bilim adamının olasılıkları kendine özgü bir sistem içinde incelemesinden ve dolayısıyla kanunun sistematiği gibi tekdüze olmayan bu sistem farklılıklarının değişik yorumların ortaya çıkarmasından kaynaklanır. Oysaki uygulamacılar gerçek hayatla karşı karşıya kaldıklarından önlerindeki olayı en iyi biçimde karara bağlamak durumunda olup, ona göre davranırlar. Örneğin, kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda, bazı bilim adamları şikâyet müessesesini maddi hukuka, diğerleri usul hukukuna ait sayarlar. Bu kurumun maddi hukuk veya usul hukukunda yer alması bizi değişik sonuçlara götürür. Şikâyetin maddi hukuk müessesesi olarak kabulü halinde zaman bakımından uygulamada aleyhe geriye yürümezlik ilkesi geçerli olurken, usul hukuku müessesesi olarak kabulü halindeyse sanığın aleyhine ya da lehine olup olmamasına bakılmaksızın derhal uygulama ilkesi geçerli olur¹⁷⁵.

3.3.1.7.2. Maddi Bakımdan Yorum

Maddi bakımdan yorum yöntemleri doktrinde genellikle amaççı, daraltıcı, genişletici yorum olarak ayrılmaktadır. Buna sonuçlarına göre yapılan ayırımıda denebilir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya 195.

¹⁷⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya 196.

¹⁷⁶ Toroslu 55.

3.3.1.7.2.1. Bildirici Yorum

Anlamı belirli olmayan veya birden fazla anlama gelebilen bir kanun metninin asıl anlamını göstermek için yapılan yoruma bildirici yorum denir. Bu bakımdan kanun metninin yeterli derecede açık olmaması halinde müracaat edilen yorum bildirici yorumdur¹⁷⁷.

3.3.1.7.2.2. Amaççı Yorum

Amaççı (teleojik) yorum, kanunun amacını ortaya koyabilmek için yapılan yorumdur. Bu yorumda önemli olan, kanunun ibaresine sıkı sıkıya bağlı kalmadan, normu koyan kanun koyucunun iradesinin araştırılmasıdır. Yoruma egemen olan ilke, kuralın sözüne ve metnine bağlı kalarak normun anlamını araştırmaktır. Örneğin, TCK m. 82/1-d bendinde üst soy alt soydan birine karşı işlenmesi, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren neden olarak düzenlenmiştir. Şimdi burada üst soy alt soy anlamını, kanun koyucu fiili anlamda kullandığından, gayri resmi olarak doğan çocukları da kapsar şekilde anlamak gerekir¹⁷⁸.

Amaççı yorumda, kanunun anlamını ortaya koymak için kanun koyucunun iradesinin mi(subjektif teori), yoksa kanunun iradesinin mi(objektif teori) esas alınacağı konusu tartışmalıdır. Subjektif teoriye göre, araştırılması gereken, kanunkoyucunun kanun yaparken neyi istediğidir. Objektif teori ise, yasama işleminin sona ermesi ile kanunun bağımsız bir varlık kazandığı, kanunun amacının saptanmasında araştırılması gereken noktanın kanun metninin içeriği ve objektif iradesi olduğunu kabul eder. Objektif ve subjektif teoriyi birleştiren karma teori ise kanunkoyucunun kanunda örtülü biçimde de olsa ifade edilmiş olan iradesine sadık kalınması gereklidir. Ancak bunun için adalet endişesi, koşulların gelişip değişmesi ve aradan geçen zaman gibi unsurların geçmişteki değer yargısını eskitmemiş olması gerekir. Aslında genişletici yorum bundan çıkmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Artuk 197.

¹⁷⁸ Demirtaş 124.

¹⁷⁹ Demirtaş 125.

Amaçsal metot, kanunun lâfzının, yorumcunun aşamayacağı bir sınır oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, normun amacına daha büyük bir önem verir. Bu metot, yorumcu, bir yandan normun temelini oluşturan ve yine norm tarafından düzenlenen sosyal fiili göz önüne almaya, diğer yandan da belli bir yorumun sonuçlarından yorumlanan hükmün amacına uygun düşmeyenleri reddetmek için bu sonuçları göz önüne almaya sevkeder. Söz konusu metoda göre yorumcunun faaliyeti, hukukun biçimsel yönü ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda hukukun içkin mahiyetine de nüfuz etmeye ve hukukun gereklerini karşılamaya çalışır¹⁸⁰.

Hukuk kurallarının yorumlanması, onun amacına uygun olarak açıklanması olduğundan, yorumun amaççı olması gerektiği açıktır, bu nedenle amaca yönelik yorum, belirli bir hukuk kuralının onun meydana getirdiği ana göre değil, uygulandığı zamana göre anlaşılması gerektiği yorumdur. Günümüzde hakim anlayış amaçsal metodu benimsemiştir. Nitekim aracın amaca tabi olması gerektiğine ve asıl önemli olan irade olduğuna göre içerik biçime, düşünce lâfza galip gelmelidir¹⁸¹.

3.3.1.7.2.3. Düzeltici Yorum

Yanlış veya isabetsiz olduğu düşünülen bir hukuk kuralının, anlam ve kapsamının düzeltilerek uygulanmasıdır¹⁸². Kanunilik ilkesi gereğince ceza hukukunda düzeltici yorum ancak kanundaki maddi hataların giderilmesi için kullanılabilir. Mevzuatın çevirisi sırasında açık tercüme hataları, maddi hata olarak nitelendirilebilir. Bunun dışında hâkim bir takım sosyal değişiklikleri, hissiyatını dikkate alarak bir ceza hukuku normunu uygulamaktan kaçınıp, düzeltmeğe çalışamaz.

Ceza hukukunda hâkim, kanunları sosyal zorunluluk ve ihtiyaçlara uygun olarak uygular; fakat bunları, acıma duyguları ve sosyal hissi esas aldığını ileri sürerek düzeltmeğe kalkışamaz; bu itibarla düzeltici yorum Ceza hukukunda caiz değildir. Türk Yargıtay'ının, Ceza Kanununun 94. maddesindeki açıklığa rağmen, cezası ertelenen bir kimsenin deneme süresi içinde yeni bir suç işlemesi halinde

¹⁸⁰ Toroslu 60.

¹⁸¹ Toroslu 61.

¹⁸² Toroslu 61.

tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağına dair içtihadı düzeltici maksada yönelik yoruma bir örnek teşkil edebilir¹⁸³.

3.3.1.7.2.4. Daraltıcı Yorum

Bazen kanun metninde kullanılan sözler ifade edilmek istenen anlamı aşar, bu durumda açıklayıcı mahiyette bir yorum, bu sözleri gerçek anlamına indirgemekle yani daraltmakla mümkün olur.

Gerçekten lafzı yasa koyucunun kastettiği anlamı aşan bir kanun metninin daraltıcı yoruma tabi tutulması gerekir. Örneğin, ETCK.nun 492. maddesinin 9 uncu bendi hırsızlığın "meskun bir hanenin doğrudan doğruya müştemilatından olan veya duvarla çevrilmiş bulunan yerlerindeki hayvan hakkında" işlenmesi halinde cezanın artırılacağını öngörmekteydi. Maddede geçen "hayvan" sözcüğü zooloji anlamında tek hücrelilerden omurgalılara kadar çok geniş bir yelpazeyi kapsamına almaktaydı. Hâlbuki kanun koyucu bu hükme yer verirken tarım üretiminde işe yarayan hayvanları korumak istemişti. Tarımla ilgili olmayan bazı hayvanların örneğin kedi, köpek, kaplumbağa çalınması halinde, ağırlatıcı neden tatbik olunmamakta, daraltıcı yorum uyarınca "hayvan" kelimesi sadece tarımda işe yarayan cinslerle sınırlanmaktaydı. Nitekim YTCK m 142/2 (g) bu konudaki tereddütleri gidererek hırsızlığın; barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçükbaş hayvan hakkında işlenmesini ağırlatıcı sebep saymıştır. Aynı şekilde, TCK'nın 96 nci maddesinde "eziyet" suçu düzenlenmiştir. Bu fiile verilen anlam, eziyet teriminin günlük dildeki geniş içeriği değil, TCK.m.94 çerçevesinde işkence teşkil eden eylemlerdir¹⁸⁴.

Ceza hukukunda daraltıcı yorum yapılması ve böylece ceza sorumluluğunun genişletmemesi gerektiği ileri sürülse de önemli olan dar değil, doğru yorum yapmaktır. Gerçekten yorumda amaç, yasanın anlamını doğru bir şekilde vermeye çalışmaktır¹⁸⁵.

¹⁸³ Dönmezer/Erman 187.

¹⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya 199.

¹⁸⁵ Özbek 191.

3.3.1.7.2.5. Genişletici Yorum

Kanunkoyucunun kullandığı kelimelerin anlatılmak istenilen amacı tamamen ve bütünü ile ifade eder şeklinde kaleme alınmadığı hallerde, ibareleri, olayları kapsar şekilde anlamağa imkân veren yorum biçimidir¹⁸⁶. Kanun metninde kullanılan sözler yasakoyucunun kastettiği anlamdan daha dar ise yapılan yoruma genişletici yorum denir. Metnin yazılışı yasa koyucunun iradesine lafız ya da içerik bakımından uymuyorsa genişletici yoruma başvurulur. Böylece hüküm amaca uygun olarak geniş yorumlanır¹⁸⁷.

Ceza hukukunda en çok tartışılan yorum çeşidi budur; gerçekten suçta kanunilik prensibinin korumak istediği yazarlar karşısında bu yorum şeklinin meşruluğu üzerinde haklı olarak durulabilir. Gerçekten, bir kısım yazarlara göre, genişletici yorum şekli tehlike yaratır. Genişletici yoruma yönelen itirazlar, genel olarak bu yorum biçiminin kıyas ile karıştırılmasından doğmaktadır. Yoksa bir ceza metnine esasen taşımakta bulunduğu genişliği vererek, metni anlamış bulunmanın kişi özgürlüklerini sınırlayıcı bir yanı yoktur. Gerçekten genişletici yorum halinde söz konusu faaliyet, metin bakımından kanunkoyucunun gerçek iradesini meydana çıkarmaktır. Bu itibarla genişletici yorum halinde hareket noktası da kanunun metnidir. Oysa kıyas halinde, yeni bir hukuk kuralı yaratılmaktadır. Genişletici yorum halinde, yorumcu kanunkoyucunun iradesiyle bağlıdır; kıyas halinde ise kanunkoyucunun açıklamadığı irade keşfedilmektedir; bu sebeple, genişletici yorum kanunkoyucunun gerçek iradesine dayanır ve metinlere aykırı olamaz. Genişletici yorum, yukarıda açıklanan esaslar içinde kalmak şartıyla, caizdir ve Ceza hukukunda da uygulanmak gerekir. Yazarlar ve çeşitli kararları ile Yargıtay genişletici yoruma ait uygulama örnekleri vermektedirler¹⁸⁸.

Meselâ ETCK 521. maddesine göre başkasının hayvanını öldürmek veya işe yaramayacak hale koymak suç sayılmış ve aynı maddenin son fıkrasında tarla ve arazisine kuş veya kümes hayvanları girmiş olan kişinin bunları, zarar verirken öldürmesi halinde, cezaen sorumlu olmayacağı açıklanmıştır; böylece sadece kuş ve

¹⁸⁶ Erman/Dönmezer 184.

¹⁸⁷ Özbek 191.

¹⁸⁸ Dönmezer/Erman 185.

kümes hayvanlarının zarar verirken öldürülmeleri halinde failin cezadan muaf olacağı kuralı konulmuştur. Şu halde kanunkoyucunun bir suçun en ağır şekli için kabul ettiği bir cezasızlık sebebini, daha az vAİHM şekiller için benimsememiş bulunacağı kabul olunamayacağından söz konusu hüküm genişletici yorum yoluyla diğer hallerde de uygulanmak gerekir. Yine ETCK 461. maddesinde bir eve merdiven kurmak, duvar delmek veya kapı kırmak suretiyle hırsızlık etmek üzere girildiği takdirde, saldırgana karşı koyan ve müessir fiil veya adam öldürme suçunu işleyen kimseler, maddenin gösterdiği diğer şartların varlığı halinde, cezalandırılmazlar. Eve girmenin şekilleri maddede teker teker gösterilmiştir. Böyle olduğu halde, bir olayda çatıdan girip pencereyi kırmış ve böylece maddenin gösterdiği girme şekillerinden herhangi birini yapmamış bulunan kişiye karşı, maddede yazılı fiilleri işleyen kimse cezadan muaf tutulmuştur. Gerekçe olmak üzere maddede gösterilen binaya giriş tarzlarının misal kabilinden bulunduğu açıklanmıştır. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme maddenin uygulanması bakımından çadırı duvara benzetmiştir¹⁸⁹. Örneğin, TCK'nun 243 üncü maddesinde yer alan "bilgi sistemine yetkisiz erişim suçu", teknolojik gelişmelere paralel olarak sadece bilgisayarlar üzerinde değil, bilgisayar olarak nitelendirilmemesine rağmen veri iletişimi sağladığı için bilgi alanına dahil unsurlardan sayılması gereken diğer elektronik, manyetik, mekanik araçlar (örneğin, WAP uyumlu, girilen verileri, saklayabilen, işleyebilen, aktarabilen cep telefonları ile üzerindeki WEB paneli sayesinde ağa bağlanıp veri aktarımı yapabilen elektronik ev aletleri) veyahut bunları veri iletişimi için birbirine bağlayan soyut veya somut ağlar üzerinde işlenebilir¹⁹⁰.

YTCK 2. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi "Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" hükmünü getirmektedir. Bu hüküm Fransız CK'da bulunan ceza kanunları dar yorumlanır şeklindeki kurala benzerdir. Bu düzenlemenin geliştirmeci ve genişletici yorum olanaklarını sınırlandıracağı ve Türk Ceza Hukukunun gelişmesini engelleyici sonuçlar doğuracağı söylenmektedir. Öncelikle düzenlemenin genişletici yorumu tümüyle yasaklamadığı, sadece kısaya yol açacak biçimde başvurulmaması gerektiğinin irade edildiği vurgulanmalıdır. Öte yandan bu hüküm uygulamaya gereksiz, bir müdahale de oluşturacaktır. Zira bugün bu alanda artık yerleşmiş bir uygulama vardır. Kaldı ki, yasanın ifadesi de

¹⁸⁹ Dönmezer/Erman 186.

¹⁹⁰ Artuk 199.

çelişkilidir. Zira gerçekten bir hüküm kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlandığında zaten ortada yorum değil, kıyas bulunur. Öte yandan, yasa "suç ve ceza içeren" hükümlerden söz etmektedir. Ceza kanununun genişletici hükümleri içinde yer alan bazı hükümler örneğin, teşebbüs, iştirak, suçların içtimama ilişkin hükümler suç ve ceza içermemektedir. O halde bu tür hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanabileceği söylenebilir. Bu yönüyle hükmün ifadesinin gözden geçirilmesinde fayda vardır¹⁹¹.

3.3.2. Yorumla İlişkin Yargıtay Uygulamaları

Yargıtay uygulamalarında ceza yasaları yorumlanırken genellik, eşitlik, adalet duygularına aykırı olmama, mahkeme kararlarının adalete uygun olması gerektiği, ceza yasalarının sistematığı ve bütünlüğü şeklinde belirlediği ilkelerini yoğun olarak kullanmaktadır.

Yargıtay 06.04.1990 gün ve 2/3 sayılı İBK telefona saplama yapılarak yapılan konuşmanın, genişletici yorum yapıldığında ETCK'nun 491 inci maddesinin ilk fıkrasına uygun olduğunu belirtmiştir¹⁹². Gerçekten de Yargıtay bu uygulaması ile yorum değil, genişletici yorum ile kıyası birbirine karıştırarak kıyas yapmıştır. Yapmış olduğu uygulama mağdurun hakkını korumaya, toplum tarafından kınanan bir davranışın cezasız kalmamasını sağlamaya yöneliktir. Kıyas yoluyla suç ve cezada kanunilik ilkesi ihlal edildiğinden, 1991 yılında 3756 s. Kanunla, 765 s. TCK'nun 491. maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere "ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır." hükmünü getirerek tartışmaları sona erdirmiştir.

Y.C.G.K. ETCK zamanında 47inci maddesinde yer alan "diğer cezalar üçte birden yarıya kadar indirilir" şeklindeki ibaresini uygularken en fazla yarı oranda indirim yapılması, müebbet hapis ve idam cezası kaldırılmadan önce idam cezalarında uygulama yapılırken sanık aleyhine sonuç doğurmaktadır. Bazı yasa hükümlerinin uygulamada çelişkilere ve aksaklıklara neden olduğunun görülmesi,

¹⁹¹ Özbek 191.

¹⁹² Bakıcı 18.

yasalarla öngörülen oranların yargısal içtihatlarla değiştirilmesine mazeret olarak gösterilemez. Bu tür aksaklıkların yalnızca yasa yoluyla giderilebileceğini, ancak hakimin uygulama yaparken bent ve yasa hükümlerini göz önünde bulundurarak denge sağlamaya özen göstermelidir diyerek cezanın 1/3'e indirileceği şeklinde uygulamaya olanak bulunmadığını açıklamıştır (24.12.1979 gün ve 530/593 sayılı kararı). Daha sonraki (22.06.1981 gün 172/249; 14.10.1985 gün 276/521, 30.12.1985 gün 239/670; 04.05.1992 gün 118/140) kararlarında bu görüşünden dönerek maddenin son fıkrasında belirtilen oranlar indirme oranları değil, hükmedilecek sonuç cezayı belirleyen oranlardır. Sistematiik yorumla madde metni böyle kabul edilmediği takdirde 448 maddesine 47 inci maddenin uygulanmasında 12 ile 16 sene, 450 inci maddede nitelikli adam öldürmelerde 47 inci madde uygulandığında 10 ile 15 sene arasında ceza tayin edilecektir. Bu halde kasten adam öldürme suçunu işleyen kişiye 47 inci madde uygulandığında ölüm veya ölünceye kadar hapis cezasını gerektiren suç failine verilecek cezadan daha ağır ceza verilmesini gerektirecektir ki böyle bir uygulama hukuk mantığına, adalet ve nesafet kurallarına tamamen aykırıdır. Böylece 47 inci maddedeki indirim oranı en az 1/2, en çok 2/3 olarak anlaşılmalıdır, bu şekilde adaletsizlik giderilmelidir şeklinde karar vermiştir¹⁹³.

Y.C.G.K 23.09.1985 gün 177/474 ve 17.1.1986 gün 338/520 sayılı kararında da 450 inci maddesi ile birlikte 51 inci madde uygulandığında ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesi için 59 uncu maddeninde uygulanması gerektiğine karar vermiştir¹⁹⁴.

ETCK 430 uncu maddenin ikinci fıkrasında rıza ile kaçırıp alıkoyma suçu düzenlenmiştir. Y.C.G.K. fail tarafından kaçırılan kişiye karşı herhangi cinsel bir davranışta bulunmadan serbest bırakıldığında 432 inci madde uygulanacak ve bu şekilde failin göreceği ceza cebir şiddet ile kız kaçıran kişinin cezası ile eşit hale gelecektir. Bu adaletsizliği gidermek için 432 inci madde uygulaması yapılması halinde 59 uncu maddenin de uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁹⁵.

¹⁹³ Bakıcı 19.

¹⁹⁴ Bakıcı 20.

¹⁹⁵ Bakıcı 20.

Yargıtay İBK’da yorum, yasaların uygulanmasında tabii ve zorunlu bir fikri faaliyettir. Adaletsizliği daraltıcı ve düzeltici yorumla gidermek, uygulamacının başta gelen görevlerindedir. Yorum yapılırken birden fazla yorum yapılıyorsa lehe olan yorum yeğlenmeli, kabul edilmelidir. Ceza yasasının bütünlüğü ve sistematığı içerisinde değerlendirme yapılarak, 3679 sayılı yasa ile ETCK 20 maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişiklik sonucu geçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının üst sınırının üç yıl olarak belirlenmesi karşısında aynı yasanın 31 inci maddesinde yer alan geçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının da üst sınırının üç yıla indirildiğine karar vermiştir(30.06.1995 gün ve 1993/1 esas, 1995/1 karar sayılı).

3.3.3. AİHM Yorum Yöntemleri

AİHM doğrudan doğruya sözleşmedeki haklar çerçevesinde verdiği kararlardan yorum yöntemleri çıkarılmaktadır.

Mahkeme sözleşmede yer alan hakları yorumlarken bir tür yorumlama ilkeleri oluşturmuştur. Bunlar iki katogoride toplanabilir. Birincisi sözleşmeyi genişletici anlamda genişletici anlayışlara ilişkin genişletici yönde ilkelerin ortaya konulması, ikincisi ise genişletici anlayışı belli bir dengede tutma kaygısı yani ılımlaştırıcı(moderatör), dengeleyici ilkeler denebilir. Genişletici yorumda ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi sözleşmeyi sürekli zorlayan onu açmaya çalışan yöntem; ikincisi ise sözleşmeyi zorlayıcı şekilde daha çok evrimci şekilde hareket eden evrimci yorum sistemdir. Mahkemenin yorum amacı sözleşmeyi daha etkin kılmaktır. Çünkü AİHS uygulandığı alan ve kişi sayısı oldukça artmıştır¹⁹⁶.

Bu genişletici yorum çerçevesinde özellikle ilerlemeci yaklaşım, Sözleşmeyi ileriye götürmeyi hedefleyen ilkelerden biri, başlıcası "hukukun üstünlüğü kuralı" olmuştur. İşte bu çerçevede “hukukun üstünlüğü kavramı” aslında Mahkemeye "bu Sözleşme Avrupa Kamu Hukuku düzenini sağlayan bir metindir" dedirten bir kavram olmuştur. 1976'da verdiği Golder Kararından itibaren bunu kullanmaya başlamıştır

¹⁹⁶ İbrAİHM Kabaoğlu, AİHM'nin Yorum Yöntemleri. (Ankara: Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Yayınları, 2006. (09.12.2005 tarihli konferans.)) 312.

ve nihayet daha sonraki kararlarında 1990'lı yıllarda bununla yetinmeksizin bir tür bunu, İnsan Hakları Avrupa Anayasası şeklinde kullanmıştır. Dolayısıyla bu metin, İnsan Hakları Avrupa Anayasası'dır. Sözleşmenin başlangıç kısmında yer alan ve bu tür yorumda ayrıcalıklı ilke olarak kullanılan hukukun üstünlüğü kavramını devlet içerisinde kullandığımız hukuk devletinin bir ulusal üstü alanda karşılığı olarak düşünebilir, çünkü burada artık devlet yok, devleti de denetleyen bir mekanizma söz konusudur. Evet, böylece Avrupa Kamu Düzeni aracı ile anayasal enstrümanın bekçiliği üst üste gelmiş olmaktadır¹⁹⁷.

İkincisi sözleşmede geçen kavramlara özerk anlamlar yüklemeye çalışılmaktadır. Çünkü sözleşmede mağdur, zarar gören, mahkûmiyet, özgürlükten alıkoymak, hükümet dışı kuruluşlar, serseriliğe kadar birçok kavram bulunmaktadır. Bunlar Alman hukukuna mı? Fransız hukukuna mı? Yoksa Türk Hukukuna göre mi yorumlanacak? Mahkeme bunlara özerk anlam kazandırarak Avrupai tarzda yorum getirme yoluna gitmiştir. Bu açıdan özerk kavramlar konsepti, anlayışı oldukça önemlidir¹⁹⁸.

Mahkeme sözleşmenin 14 maddesinde yer alan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Örneğin yeni sayılan bir kararında "Thlimennos", (06 Nisan 2000 tarihli) farklı konumda olanlara eşit kural uygulamak nedeniyle devleti mahkum etmiştir. Eşitlik ilkesi, eşitlik, benzer durumda olan, eşit durumda olanlara benzer yada eşit kuralı uygulamaktır yoksa farklı durumda olanlara eşit kural uygulamak anlamına gelmediğini belirtmiştir. Farklı durumda olanlara eşit kural uygulandığı için Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır¹⁹⁹. Bu anlamda ayrımcılık yasağı bağımsız bir ilke olmayıp, Sözleşmenin ve ek protokollerin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır. İddia edilen yasağın mutlaka sözleşme ve ek protollerde yer alan bir hakka ilişkin olmalı, ilgili olduğu hakkında ihlal edilmiş olması gerekmez²⁰⁰.

İleri yorum yöntemi ile bir dördüncü kural olumlu yükümlülükler kavramıdır. Bu kavram sözleşmenin yapısını değiştirmektedir. Yani klasik insan haklarına bakış

¹⁹⁷ Kabaoğlu 312 v.d.

¹⁹⁸ Kabaoğlu 312 v.d.

¹⁹⁹ Kabaoğlu 311-350.

²⁰⁰ Tezcan/Erdem/Sancaktar 316.

açısını değiştirmiştir. Avrupa Kamu Düzeninin gerçekleşmesi, bu Sözleşmede tanınan hakların uygulamaya konması, bunlara saygı duyulması, ihlal edilmemesi devletin kaçınma yükümlülüğü dediği, kendisinin müdahale etmemesi biçiminde bir anlayışla değil, tam tersine müdahale etmesi yani kaçınma yerine olumlu bir tavır koymasıyla, mümkündür. Bazı maddelerde özellikle 5. ve 6. maddelerde açıkça olumlu yükümlülük öngörülmüş olan hususlar var, mesela avukattan yararlanma hakkı gibi, adli yardım görme hakkı gibi, tercümandan yararlanma hakkı gibi, bunlar açık olumlu yükümlülüklerdir. "Öneryıldız Kararında" (meşhur Ümraniye Çöplüğünde, gayri meşru biçimde, yasal olmayan bir biçimde yaşamaktadır.) AİHM devlet olarak orada mukim olan oturan kişilerin karşı karşıya buldukları tehlikelerden onları haberdar etme yükümlülüğünde olduğunu belirtmiştir²⁰¹.

Bazı ihlallerin mevzuattaki boşluklardan kaynaklandığı vakidir. Başka bir deyişle devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiş, yani Sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerden bireyin yararlanmasını sağlayamamıştır. Bu durumda devletin mevzuat boşluklarını doldurarak, hem mahkemenin ihlal kararını yerine getirecek hem de benzer konularda tekrar bir ihlal yaşanmaması kendisine düşen olumlu yükümlülüğü yerine getirerek mevzuat boşluklarını doldurması gerekir²⁰².

AİHS'de maddelerinin I. fıkralarında, genellikle, I. bentleri ilke olarak "özgürlük ilkesi"ni koymakta, 2. bent, fıkra ya da paragraf ise "sınırlama ilkesini" getirmektedir. Sınırlamaları elden geldiğince dar yorumlamaktadır. Böylece özgürlük ilkesi asıl olduğuna göre ikincisi veya sınırlamayı devletlerin nasıl uyguladığını, yorumladığını daha sıkı denetlemeye tabi tutmaktadır. Devletlerin bu kurallara uyma yükümlülüğü vardır.

3.4. Örf ve Adete dayanarak Suç ve Ceza Yaratılması Yasağı(lex Scripta)

Ceza hukukunda suç ve ceza ancak kanunla öngörülebileceği için, örf ve adete dayanarak bir fiilin suç sayılması veya suç karşılığı uygulanacak yaptırımın örf

²⁰¹ Kabaoğlu 311-350

²⁰² Gözübüyük/Gölcüklü 127-128.

ve adete göre tayini mümkün değildir²⁰³.

Kaynaklar teorisinde kendine özgü bir yer işgal eden örf ve adetin varlığı için, belirli bir davranışın aralıksız tekrarı, yani bu konuda sürekli ve yeknesak bir uygulama yeterli değildir. Böyle bir uygulamaya, bunun hukuken zorunlu olduğu yolunda bir inancın da eklenmesi gerekir. Uzun zaman tekrar edilen belirli bir davranışın hukukî bir emir olarak kabul edilmesini sağlayan bu manevî unsur olmaksızın gerçek anlamda bir örf ve adetten söz edilemez²⁰⁴.

Bazılarına göre örf ve adet hukukun otonom (bağımsız) bir kaynağıdır. Buna karşılık çoğunluk, günümüzde, örf ve adetin sadece kanunun atıfta bulunarak bunu hukuk düzenine dahil ettiği hallerde normatif bir etkiye sahip olabileceğini savunmaktadırlar. Hukukun kaynakları bakımından diğer dallar yönünden oldukça önemli ise de, aynı şeyi ceza hukuku yönünden söylemek zordur. Doktrin ile uygulama örf ve adetin yeni suç ve ceza öngören normlar yaratamayacağı konusunda görüş birliği halindedir. Yani örf ve adet yeni suç şekilleri ortaya koyamaz. Çünkü Anayasanın 38. ve YTCK 2. maddesi yasal engel mevcuttur. Aynı sınırlamaları cezalar bakımından söylemek yanlış olmaz.

Örf ve adetin yasal bir hükmü ortadan kaldıracıcağı de genellikle kabul edilmemektedir. Nitekim böyle bir örf ve adet sadece savcı veya yargıçların bazı suçları takip etmek ve bu suçların faillerine ceza vermek konusundaki hareketsizliğinden doğabilir. Ancak bu tür bir hareketsizlik yasal bir kuralı geçersiz kılamaz. Çünkü hukuk düzeninin genel bir kuralı gereği kanunun zorunlu olma gücünü ortadan kaldırmak yetkisi, sadece yine kanunu koyan güce aittir. Her ne kadar bazen bir kanuna uymama eğiliminin yerleşerek örf ve adet haline geldiğinde kanunun terkedilmesinden söz edilebileceği ve böyle bir terketmenin kanunun fiilî yürürlüğünü yok edeceği ileri sürülmüş ise de, bu

²⁰³ Öztürk/Erdem 45.

²⁰⁴ Toroslu 44.

düşünceyi savunanlar bile söz konusu durumun kanunun hukukî yürürlüğünü ortadan kaldırmadığını kabul etmektedirler²⁰⁵.

Buna karşılık kanunun koyduğu kuralları tamamlamak için doğan örf ve adetin, sanığın aleyhine olmaması ve dolayısıyla TCK. nun 2. maddesine aykırı sonuçlar içermemesi şartıyla, hukukî bir etkiye sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu itibarla örf ve adet vasıtasıyla yeni hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler doğabilir²⁰⁶. Yargıtay 2. CD. 11.07.2002-788-13862 sayılı kararında özetle “sanığın mutfakta yemek yapmakla meşgul iken bir yaşlarında olan ölenin emekleyerek kapıdan çıkıp, merdiven yanında bulunan kovanın içine baş aşağı düşerek boğulması şeklinde gerçekleşen olayda; dört çocuk annesi olup hepsinin bakımı ile ev işlerini tek başına yerine getirme durumunda olan sanığın içinde bulunduğu yaşam koşulları, sosyal çevre faktörü nazara alındığında meydana gelen ölüm olayı nedeniyle kendisine kusur izafe edilemeyeceği...”²⁰⁷ kanaatine varmıştır. Gerçekten de yargıç sanığın olayda kusurlu davranıp davranmadığı, yaşadığı çevrenin koşulları, eylemin gerçekleşme biçimi ve ağırlığı, eğitim düzeyi, sosyal etkenleri ve bu konudaki örf ve adet kurallarını nazara alarak suçun oluşup oluşmayacağına, oluşacaksa alt sınırdan uzaklaşıp uzaklaşmayacağını belirleyecektir.

Öte yandan örf ve adetin hukuk kaynağı olduğu diğer hukuk dallarına açık veya örtülü biçimde atıf yapan bazı ceza hükümleri yönünden de örf ve adet belirli bir etkiye sahiptir. Nihayet doktrin, ceza kanunlarının yorumu yönünden örf ve adete büyük önem vermektedir. Özellikle çeşitli sosyal ortamlarda değişik biçimlerde değerlendirilen ve esnek, yani çeşitli yorumlara elverişli olan fiiller yönünden durum böyledir. Örneğin kanunun şereften, saygınlıktan (haysiyetten), genel ahlâk ve adaptan söz ettiği durumlarda olduğu gibi²⁰⁸. Bazen Yargıtay uygulamalarının da bu kavramları belirlerken geniş hareket ettiği aşikârdır.

²⁰⁵ Toroslu 45.

²⁰⁶ Toroslu 45.

²⁰⁷ Haydar Erol, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu. (Ankara: 2003) 1167.

²⁰⁸ Toroslu 46.

Yargıtay 11.C.D. kırsal kesim koşullarına göre, kalasın tekrar yerine konulmak üzere alındığının anlaşılmasına ve hüküm gerekçesine göre hırsızlık suçunun oluşmadığına karar vermiştir (20.04.2000 1362/1515)²⁰⁹. Gerçekten de kırsal yaşamda aile ilişkilerinin daha sıcak olduğu, insanların birbirlerini tanıdıklarından anlık ihtiyaçları karşılamak üzere aldıkları tarım eşyalarını geri bırakmada hırsızlık kastının olmadığına karar vermektedir. Yargıtay bu olayı yorumlarken kırsal kesimde geçerli olan örf ve adet kurallarından hareket etmektedir.

3.5. İdarenin Suç Yaratamayacağı

Bazı yazarlar tarafından idarenin tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin de maddi bakımdan bir tür kanun olduğu ileri sürülerek idarenin bu işlemlerle suç yaratabileceği iddia edilmiş; mevcut fiili durum, yani uygulamada idarenin düzenleyici işlemlerle suç yaratabiliyor olması; İtalya, Fransa gibi bazı ülkelerde idarenin belli koşullarla, böyle bir yetkisinin bulunduğu kabul edilmesi; böyle bir yetkisi bulunmadığında idarenin işlem yapamayacağı; ihtiyaçlarının mahalli olduğu parlamentonun bunu her zaman iyi değerlendiremeyebileceği; kanun yapmanın uzun sürdüğü, parlamentonun yavaş çalıştığı, oysa idarenin sorunlara süratle müdahale edip çözümler bulmak zorunda olduğu, gerekçe olarak ileri sürülmüştür²¹⁰.

Anayasanın 91. maddesi gereğince TBMM, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebilir. Ancak temel hak ve özgürlükler ancak yasa ile düzenlenebileceğinden, Anayasanın 38. maddesi de nazara alındığında suç ve cezaların idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenemeyeceği açıktır. Anayasanın 115. maddesinde Bakanlar Kuruluna tüzük çıkarma yetkisi vermiştir. Tüzükler kanunlarda düzenlenmeyen konuları düzenleyemezler. Tüzükler ve yönetmelikler kanunların uygulanması gösteren düzenlemelerdir. Bunlarla kanunlarda öngörülmeyen suç ve cezalar ihdas edilemez.

²⁰⁹ Şafak 32

²¹⁰ Öztürk/Erdem 45.

Anayasa Mahkemesi 28.03.1963 gün ve 4/71 sayılı kararında, “yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasa’ya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisine haiz ise de, zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirleri kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum gösteren hallerde, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında karar alması güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ihtisasa ve idari tekniğe taalluk eden hususların düzenlenmesi için hükümeti görevlendirmesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olmaz şeklinde karar vermiştir(1567 sayılı yasanın 1. maddesinde hükümetin hangi sahayı düzenleyeceğine ilişkin hükümlerin iptali istenmiş, belirtilen gerekçelerle reddedilmiş, ayrıca suçun ne olduğunun kanun koyucu tarafından belirlendiği belirtilmiştir.)²¹¹

YTCK 2. maddedeki düzenlemenin kuruluş esprisinin altında, kanunilik ilkesi gereğince idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamayacağı kuralı anayasal güvence altında bulunmasına rağmen pek çok defa yasama meclisi tarafından idareye bu konuları düzenleme yetkisi verilerek ihlal edildiğinden, ihlallerin önüne geçmek için vurgu yapılmıştır. Bu şekilde ceza kanunlarının hukuki güvence fonksiyonu yerine getirilmiş olmaktadır.

YTCK 2/2 maddesi ile açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen aynı Yasa’nın 297/2 ile bu hükmün ihlal edildiği görülmektedir²¹². Gerçekten de bu fıkrada yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanan eşyanın nelerden ibaret olduğu sayılmamıştır. Bu durumda idareye düzenleyici işlemlerle bu eşyaları belirlemeye yetkisi vermektedir. Bu şekilde suçun maddi konusunun idarenin düzenleyici işlemi ile oluşacağı açıktır. Bu durum yasama yetkisinin açık bir şekilde devredilmesi, kanunsuz suç oluşturma yetkisinin verilmesidir. “Bu yasağı bilerek” ibaresinin metne eklenmiş olması yeterli değildir. Yasa ile düzenlenmeyen yasağın bilinmesinin nasıl olacağı tartışmalıdır. Eğer düzenleyici işlem olacaksa

²¹¹ Bakıcı 22.

²¹² Hakeri 37.

bunun Resmi Gazete ile ilanı gerekir. Yani kanunkoyucunun idareye düzenleyici işlem ile suçun maddi konusunu oluşturma yetkisi verdiği anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi 25.01.2001 gün ve 32/10 sayılı kararında 560 sayılı KHK'nin 4128 sayılı yasa ile eklenen 18/A Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile önüne gelmiştir. Yerel mahkeme 18/A maddenin, ceza hükmü içermesi nedeniyle KHK ile düzenlenemeyeceği, bunun Anayasa'nın 13.,18. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ileri sürerek düzenlemenin iptalini istemiştir. Anayasa Mahkemesi değişikliğin KHK'ye 4128 sayılı yasa ile eklendiğini, bu konuda Anayasa'nın yasa ile düzenleme hükmünün yerine getirildiğinden istemin reddine karar vermiştir (RG:14.03.2002/24695)²¹³.

Yargıtay CGK da idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratamayacağı görüşündedir.(CGK 27.05.2003, 7-154/170; 22.02.2000, 7-3/32) Yargıtay 4. CD yakın tarihli bir kararında "...Balkanlar Kurulunun yasa hükmünde kararname ile ticaret sicil memur ve yardımcılarını ile diğer personelinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı devlet memuru gibi cezalandırılacaklarına dair ve ceza hükmü niteliğinde düzenleme yapması yasal olarak mümkün değildir" sonucuna ulaşmıştır²¹⁴. (23.03.2004, 2003/13276, 2005/2409)

Yürürlükteki mevzuatımız açısından konuya bakacak olursak idarenin düzenleyici işlemlerle suç yaratabilmesi mümkün değildir. Anayasanın 38, 90, 7, YTCK'nın 2 inci maddesi gereğince suç ve cezaların ancak kanunla konulabileceği açıktır. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hallerinde Anayasanın 91. maddesine göre TBMM Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebilmektedir. Anayasa böyle bir durumda dahi, anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararname ile düzenlenemez. Hiyerarşik sıralamada

²¹³ İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi.(Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2006) 73.

²¹⁴ YKD Haziran 2005, s. 945

kanunların altında yer alan KHK ile bu husus düzenlenemiyor ise idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılabileceğini kabul etme olanağı yoktur.²¹⁵

Öte yandan, idarenin bir fiili suç olmaktan çıkarıp çıkaramayacağı da sorulmalıdır. Bu sorunun yanıtı da olumsuz olmalıdır, idarenin bir fiili suç haline getirmesi ne kadar keyfiliğe yol açarsa, tersi de o kadar keyfiliğe yol açar. Hiçbir hukuk kuralı iyi kişiler, kurumlar ya da iktidarlar için çıkarılmaz. Anayasadaki hükümlerin de bu şekilde anlaşılması gerekir²¹⁶. Ancak idarenin bir eylemi kanunda suç olarak düzenleniyor olmasına rağmen suç olmaktan çıkarırsa sanık açısından tereddütlü ve şüpheli bir durumun doğmasına neden olunur. Bu durumda vatandaşlara bir hukukçunun bilmesi gereken normlar hiyerarşisi, kanunsuz suç ve ceza olmamasının ilkesinin mutlaklığı ile yükümlü olmaması gerekir. Bu alanda yapılan düzenlemelerin daha çok ekonomik alanda işlenen suçlarda meydana gelmesi mümkündür.

19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu “düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak” başlıklı 152 nci maddesi bu kurulla bağdaşmamaktadır. Çünkü bu önlemleri almayan banka yöneticilerine para ve hapis cezası öngörülmüştür. Aynı Yasa’nın düzeltici önlemler başlıklı 68 inci maddesine göre, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, bu maddede belirtilen tedbirlerden bir ve ya birkaçını ya da tamamını ve kurumca uygun görülecek diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plân dâhilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurumundan ister. Bu tedbirler 68. maddede tadadi olarak gösterilmemiştir. Bu tedbirler genel düzenleyici işlemlerle de belirlenmemektedir. Bu tedbirler, ilgili bankanın içinde bulunduğu şartlar göz önünde bulundurulmak sureti ile Kurum Başkanı veya diğer görevliler tarafından belirlenmektedir. Başka bir deyişle, bu tedbirlerin belirlenmesi hususunda Kurumun karar organı olan Kurul, münhasıran yetkili kılınmamıştır. Bu nedenle Yasa’nın 152 inci maddesinde yer alan suç tanımı Anayasanın 38 inci maddesine aykırıdır²¹⁷.

²¹⁵ Öztürk/Erem 46

²¹⁶ Özbek 186.

²¹⁷ Özgenç 76.

Önceki görüşüne ters ancak doğru bir şekilde Anayasa Mahkemesi 02.03.2004 gün 2002/92 E. 2004/25 K. sayılı kararı ile suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin KHK ile yapılması olanaklı bulunmadığından, 556 sayılı KHK'nin ceza öngören eylemlerini düzenleyen 61 inci maddesini iptal etmiştir²¹⁸.

YTCK m. 2 (2) "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz." şeklinde yasal düzenleme getirerek bütün tartışmalara son vermiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki yasal düzenleme getirilmesi yetmemektedir. Yasama organının bu konuda gereken duyarlılığı göstererek başka yasal düzenlemelerle idareye bu yetkiyi vermemesi gerekir. Yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi de önüne gelen uyuşmazlıklarda böyle bir uygulama geldiğinde anayasaya aykırı bularak yasaları ve KHK iptal ederek kararları ile uygulamaya yön vermelidir. Düzenlemenin anayasal metin haline getirilmesinin etkinliği daha da artıracaktır. Yasama organının ağır işlediğine ilişkin eleştiriler buna mazeret olarak ileri sürülemez. Artık yasama meclisleri daha etkin çalışmak için komisyonları ile sürekli çalışma hali devam etmektedir. Bir metin idarenin düzenleyici işlemi oluşturacağı süreden daha kısa süre içerisinde yasalaşabilmektedir.

3.6. Aleyhe Kanunun Geçmişe Yürümesi Yasağı(Lex Praevia)

3.6.1. Genel Olarak

Diğer hukuk normları gibi ceza hukuku normları da doğar, yaşar ve son bulurlar; yani yürürlüğe girerler ve yürürlükten kalkarlar. Ceza normlarının yürürlükten kalkması diğer hukuk normlarının tabi olduğu kurallara tabidir ve özellik göstermez²¹⁹. Temel hak ve özgürlükleri temelinden etkileyen ceza yasaları, zaman içerisinde eskimekte toplumsal ihtiyaçları karşılayamamaktadır. Bunun nedeni toplumda meydana gelen ekonomik, sosyal gelişme, toplumun ahlak yapısının değişmesi ve kanun koyucunun suç haline getirdiği eylemin zaman içerisinde toplumda kınanmayan bir davranış haline geldiğinin görülmesidir. Zaman içerisinde

²¹⁸ Bakıcı 22.

²¹⁹ Toroslu 63.

toplumda meydana gelen gelişmelere paralel olarakta yeni suç tiplerinin ortaya çıkması ve bunların cezalandırılma gereği kaçınılmazdır.

Prensip olarak ceza kanunu yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleştirilen olaylara uygulanır. Geçmişte meydana gelen olaylara uygulanmaz. Bunun nedeni kişinin güvenlik içinde yaşamasını teminat altına almak ve özgürlüğünü korumaktır. Eğer fiilin işlendiği gün cezalandırıcı bir kural yoksa kanunilik ilkesinin tabii sonucu olarak suç da yoktur²²⁰. Suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren lehe ise geçmişe yürür başka bir deyişle yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş fiillere uygulanır²²¹.

Ceza kuralı her zaman, her yerde ve her kişiye uygulanmaz, daha doğrusu uygulanamaz. Bunun nedeni normun mahiyetindedir. Gerçekten norm kişi güvenliğini tehdit edici, özgürlüğünü ortadan kaldıracı, kişiyi küçültücü niteliktedir. Bu nedenle Ceza normu uygulandığı zaman yer ve uygulandığı kişi itibariyle bir takım özelliklere sahiptir. Bu nedenle bir kanun veya sair kuralın ne zaman yürürlüğe girdiği veya yürürlükten kalktığı önemlidir. Çoğu zaman kanunlar kendi metinlerinde yürürlüğe giriş tarihlerini, yerini aldıkları metinlerin yürürlükten kalkış tarihlerini gösterirler. İlgili maddeler genel olarak kanunların son hükümlerinden birinde yer alırlar. Mesela 765 sayılı Türk Ceza kanunu 591. maddesinde 1 Temmuz 1926 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceğini, 590. maddesinde ise 1274 (1858) tarihli Osmanlı Ceza Kanunu ile Yeni Ceza' Kanunu'na aykırı hüküm ihtiva eden tüm kanunların yürürlükten kalkmış olacağını düzenlemiştir. Kanunların kabul ve Resmi Gazete'de yayın tarihleriyle yürürlüğe giriş tarihleri arasında böyle uzunca bir süre kabul etmelerinin nedeni Adli ve İdari makamlara eski kanunun uygulanmasının ortadan kaldırılması veya yeni kanunun yürürlüğe konması gereken hazırlıkları yapmak imkânının verilmek istenmesidir. Bazen kanun çeşitli nedenlerle kendi metninde yürürlük tarihini göstermeyebilir. Bu takdirde kanun ve nizamnamelerin yürürlüğe girişlerine ilişkin 28 Mayıs 1928 tarih ve 1322 Sayılı Kanunu uygulamak gerekir. Gerçekten sözkonusu kanun ve tüzüklerin Resmi Gazete ile yayınlandıkları günden itibaren 45 gün sonra Türkiye'nin her tarafında yürürlüğe girmesini, ayrıca ceza, vergi ve askerliğe ilişkin kanun ve tüzüklerin şehir ve kasabalar belediyeler, köylerde muhtarlar vasıtasıyla ilan edilmesini öngörmektedir. Yayın ve ilânın amacı suç ve

²²⁰ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: 1998)109.

²²¹ Öztürk/Erdem 88.

cezaların herkes tarafından bilinmesini sağlamaktır. (1322 sayılı kanun md. 3, 11). Kanun ve tüzüklerin yürürlüğe girebilmeleri için Resmi Gazete'de yayınlanmaları gerekir (1322 sayılı kanun md. 1). Yayınlanmayan kanun yürürlüğe giremez, yok hükmündedir²²².

Hukuk kaynaklarını teşkil eden kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, ilgili oldukları olaylar hakkında derhal uygulanırlar. Ceza hukukunda failin lehine olan kanunların geçmişe yürürlü olan uygulamalarına karşılık, suçlunun durumunu ağırlaştıran kanunlar geçmişe yürürlü olmazlar. Bu çeşit yazılı kaynakların geçmişe yürürlü olmaları, suçta ve cezada kanunilik prensipini tamamlayan bir esastır ve bu esasın varlığı halindedir ki, suçta kanunilik prensipi saklı kalabilir²²³.

Bir normun açık veya örtülü biçimde ilgası sonucu sona erip yerine bir başka normun geçmesi halinde kanunların birbirini izleyişinden söz edilir. Bu durum, daha önce yasak olmayan bir fiilin yasaklanmasında da söz konusudur. Çünkü, yasaklanmayan her davranışı hukuken meşru saymak gerekir²²⁴.

Kanunlar ve diğer hukuki tasarruflar açıkça veya zımnen olmak üzere iki şekilde yürürlükten kaldırılırlar. Açıkça yürürlükten kaldırma halinde yürürlüğe giren yeni bir kanun bir başka kanunu açıkça ortadan kaldırır. Zımnen ortadan kaldırma halinde ise aynı konuyu düzenleyen yeni kanunun hükmü ile eski kanunun hükmü birbiriyle uyuşmamakta sonradan çıkarılan kanun önceki kanunu ortadan kaldırmaktadır. Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasaya aykırılığını Anayasa Mahkemesi denetler (Ay. md. 148). Eğer adı geçen tasarrufları Anayasaya aykırı bulursa iptal eder. O halde kanun ve kanun hükmünde kararnameler Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla da yürürlükten kalkarlar. Anayasanın 91. maddesine göre olağan hallerde Bakanlar Kurulu yetki kanununa dayanarak Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine sahiptir. Bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer ve aynı gün T.B.M.Meclisinin onayına sunulurlar. Keza olağanüstü haller, savaş, seferberlik ve sıkıyönetim zamanlarında Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Kanun hükmünde kararnamelerle birtakım düzenlemeler

²²² Soyaslan 103-104; Özbudun 211 v.d.

²²³ Dönmezer/Erman 201.

²²⁴ Toroslu 63.

yapabilir. Adı geçen kararnameler Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün Meclisin onayına sunulurlar. Meclis tarafından onaylanmaması halinde kanun hükmünde kararnameler ortadan kalkacaktır. Kısmen onay halinde ise onaylanmayan hükümler ortadan kalkacaktır²²⁵.

Ceza hukukunda, suçlunun lehinde olan yeni kaynağın, geçmişe de yönelmiş olarak yürürlüğe girmesi, yani geçmişe yürürlü olması ve neşir ve ilânından önce işlenmiş suçlar hakkında da uygulanması, kural olarak benimsenmekle, böylece Ceza Hukuku kurallarının zaman bakımından uygulama alanını iki prensip düzenlemektedir. Birincisi yeni suç yaratan veya failin durumunu ağırlaştırın Ceza hukuku kuralları geçmişe yürürlü değildir. Buna "geçmişe uygulanmazlık ilkesi" de denebilir. İkincisi failin lehine olan kaynaklar geçmişe yürürlüdür. Böylece ikinci kural birincinin etki alanını sınırlamaktadır. Bu kurala geçmişe yönelmiş yürürlük kuralı da diyebiliriz²²⁶. Ceza kanunlarının birbirini izlemesini düzenlemede nazara alınan ikinci ilke, "yürürlük ötesi uygulanmazlık" ilkesidir. Aslında geçmişe uygulanmazlık ilkesini tamamlayan bu ilke ise, kanunun yürürlükten kalktıktan sonra işlenen fiillere uygulanamamasını ifade eder. Bu ilkeler, ceza kanunlarının geçerliliğini geçmiş ve gelecek yönünden sınırlayarak, söz konusu kanunların geçerliliğinin yine bu kanunların yürürlükte buldukları zamanla sınırlı olduğu şeklindeki en üstün ilkeye ulaşılmasını sağlamaktadır²²⁷. Geçmişe uygulama yasağı suçun tüm unsurları için geçerlidir. Suçun her hangi bir unsurunda failin aleyhine yapılan değişiklik kendinden önceki olaylara uygulanamaz. Suçun cezasındaki değişiklikler de failin aleyhine ise geçmişe yürümez²²⁸.

Geçmişe uygulanmazlık" ilkesi kişi hak ve özgürlüklerini yasamanın keyfiliklerine karşı korumaya yöneliktir. Böylece kanunkoyucunun bir eylemi daha ağır cezalandırmak için geçmişe yürürlü olarak suç yaratamayacaktır. Aksinin kabulü halinde temel hak ve özgürlükler yasama meclisinin tasarrufu

²²⁵ Soyaslan 106.

²²⁶ Dönmezer/Erman 201.

²²⁷ Toroslu 64.

²²⁸ Özbek 182.

ile ağır bir şekilde zedelenmesi gündeme gelebilecektir. Ağırlaştırıcı suç yaratan kanunkoyucu bunu ancak ileriye doğru yaratabilecektir.

İşlendiği zaman ulusal mevzuatın suç olarak düzenlemediği ve karşılığında bir ceza yaptırımını bulunmayan bir eylemden dolayı kimse cezalandırılmayacaktır. İşlendiği zaman suç oluşturan ve ceza yaptırımını içeren bir fiil daha sonra aynı fiile daha ağır yaptırım getirilmesi halinde bu yasaya göre değil de ancak işlendiği zamanda yürürlükte bulunan yasada öngörülen cezaya muhatap olacaktır. Ancak sonradan yürürlüğe giren yasa lehe düzenlemeler getirmesi durumunda; lehe düzenlemeler sanık hakkında uygulanacaktır. Yani yeni yasa zaman bakımından sanığın lehinde ise geçmişe etkili olarak uygulanacaktır. Yeni yasa sanığın aleyhinde ise geçmiş olaylara uygulanmayacak, yürürlükten kaldırılmasına rağmen eski yasa yürürlük zamanındaki olaylara uygulanmaya devam edecektir.

Buradaki ceza kanunları failin aleyhine olan ceza kanunudur. Fail suç işlendiği zaman yürürlükte olan yasaya göre cezalandırılır (YTCK m. 7). Bunun sebebi şudur: Fail suçu işlediği zamanki cezayı göze almıştır. Daha ağır olsaydı suçu işlemeyebilirdi. Dolayısıyla işlendiğinde suç oluşturmeyen bir fiilin suç haline getirilmesi ya da suç olsa bile sonradan daha ağır ceza öngörülmesi durumunda aleyhte yapılan bu değişiklikler geçmişe yürümez. Aksi halde hukuka güven ve saygı kalkar²²⁹. Hukuk düzeninin fonksiyonlarından biride kişilerin kendisini kanunların koruması altında hissetmesidir. Bu şekilde hukuk düzenine herkes kendisini uymayı zorunlu hisseder. Bu düzen sağlamazsa hukuk düzeni ve toplum yaşamı ağır bir şekilde yara alır.

Failin lehine olan kanunların geçmişe yürürlü olmaları şu gerekçelerle açıklanmaktadır²³⁰.

a) Fiili suç olmaktan çıkardığı için failin lehinde olan kanun geçmişe yürürlü olarak uygulanır; çünkü söz konusu fiilleri cezalandırmada artık sosyal yarar

²²⁹ Özbek 182.

²³⁰ Dönmezer/Erman 203.

kalmamıştır. Eski kanuna göre faili daha uygun bir işleme tâbi tutmağa imkân veren kanunun geçmişe yürürlü olarak uygulanmasını ise adalet duygusunu gerektirir.

b) Ceza kuralını içeren metni geçmişe yürürlü olarak uygulamanın gerekçesi, suçta kanunilik prensibini saklı tutmaktır; kanunilik prensipi ise failin lehinedir ve sosyal korunmadan çok, bireylerin menfaati aksini gerektirmesi halinde, söz konusu kuraldan uzaklaşılabilir ve bu uzaklaşma suçta kanunilik prensipine aykırı olmaz. Failin lehinde olan kanunun geçmişe yürürlü olarak uygulanması ceza kanunlarını geçmişe etkili olarak uygulamama kuralının bir istisnasını teşkil etmez, aksine tek başına yeni bir kural sayılmalıdır.

c) Yeni bir ceza kuralının konulması halinde eski kuralın sosyal zorunluluğa uygun olmadığı belirtilmiş olur ve toplumun yararı failin lehinde olan kanunla ahenkli bulunur. Lehte olan kanunun geçmişe yürürlü olarak uygulanmasını, yalnız sosyal yarar değil fakat cezada insancılık, insan kişiliğine saygı, esasları da gerektirir. Çünkü yararsız olacak derecede şiddetli bir müeyyidenin uygulanmasına devam olunması, insanlık esasları ile bağdaşamaz; bu gibi hallerde geçmişe yürürlü uygulama bir merhamet işidir.

d) Yine denilebilir ki, ceza kurallarının mutlak olarak geçmişe yürürlü uygulanmaları bir ilkedir; failin durumunu ağırlaştırıcı metinlerin uygulanmaması ise istisnadır.

e) Failin lehinde olan kanun, geçmişe yürürlü olarak uygulanır: çünkü böyle bir halde toplumun eski kanuna göre cezayı vermek hakkından vazgeçtiği kabul olunur ve suçlunun herhangi bir kazanılmış hakkı zedelenmiş olmaz.

3.6.2. GemiŖe YönelmiŖ Yürürlük İlkesinin Kapsamı

Failin lehine olan yeni ceza kuralının, eski kural yürürlükte iken işlenmiş suçlar hakkında uygulanması hususunda, mukayeseli hukukta, beş sistemin bulunduğu söylenebilir²³¹:

Birinci sisteme göre kural mutlak olarak uygulanır. Cezayı kaldıran veya hafifleten kural, henüz yargılanmamış suçlar için olduğu kadar, kesin hükme bağlanmış mahkûmiyetler, yargılanmış ve hatta cezası çekilmekle olan suçlar hakkında da uygulanır.

Yeni kuralın kesinleşmiş mahkûmiyetleri de kapsaması esasını gerektirmesi bakımından, bu sisteme karşı çıkmıştır. Gerçekten kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerine yeni kanunun uygulanması, hem kesin hüküm esasını zedeler hem de pek çok uygulama güçlükleri çıkarır; hüküm giymiş ve cezasını çekmekte bulunmuş olan mahkûmların durumlarını yeniden ele almak, ağırlatıcı ve hafifletici sebepleri yeniden gözden geçirmek gerekir. Oysa, zamanın geçmiş bulunması dolayısıyla, böyle bir faaliyet çok kere imkânsız olur, denilmiştir.

Bu itirazlardan hareket eden ikinci sistem lehte olan kanunun uygulanmasını, bu kanunun bir fiili suç olmaktan çıkarmış olması halinde kabul etmekte, sadece cezanın hafifletilmesi halinde ise geçmişe yönelik yürürlüğe yer vermemektedir. Ancak bu sistemi kabul eden kanunlardan bir kısmı, cezanın hafifletilmesi halinde de, bazen, geçmişe yürürlüğü kabul etmektedir.

Bu düşünüş tarzının, kuralın hukukî esası bakımından eleştirilebileceği meydandadır; uygulama gücü, sosyal yarar ve adalet esaslarının bertaraf edilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Kesin hüküm esasına ise, failin lehine olan bir ilkedir; aleyhte olan çözüm yollarına erişmek için bir gerekçe olarak kullanılamaz. Bu hareket tarzı, esas ve ayrıntıları bakımından yararsız olan veya tam âdil olmayan bir kanuna dayanan kesin hükmü korumak sonucuna götürür ki, yerinde olamaz.

²³¹ Dönmezer/Erman 206.

Üçüncü bir sisteme göre, lehe olan kanun geçmişe yürürlüdü; ancak kesin hükme bağlanmış olan sonuçlara ait mahkûmiyetler için kanunun göstereceği istisnâ hallerde, uygulanır.

Dördüncü bir sistemde lehte olan kanun, kesin hükme bağlanmış olan suçlara, yöneltmez; diğer hallerde, mutlak olarak uygulanır; cezalandırmanın sebebi failin, kanunu yani kanun iradesini inkâr ve buna itaatsizlik etmiş olmasıdır. Bu husus kesin hükümle sabit olunca, artık yeni kanunun fiili suç olmaktan çıkarması bile cezalandırmamayı gerektirmemelidir. Zorunlu hallerde af yoluna gidilebilir. Bu düşünüş tarzının da yerinde olmadığı meydandadır ve lehte olan kanunun geçmişe yürürlüğünün dayandığı temellere aykırı bir sonuçtur. Cezalandırmada esas, sosyal yarardır. Bundan başka, bu düşünüş tarzına göre, yeni kanunun geçmişe mutlak olarak yöneltmesi, fiili işledikten sonra teslim olup, mahkûm edilerek cezasını çekmekle bulunan suç ortağını, cezadan kaçan ve yeni kanun ile cezadan kurtulan diğer suçluya nazaran, daha elverişsiz bir duruma sokar ki, bu hal hem adaletsiz olur, hem de sosyal yarara aykırı bulunur. Af ise, istisnâ bir tedbirdir; kanunun boşluğunu dolduracak sürekli bir usul olamaz.

Beşinci bir sisteme göre ise, geçmişe yöneltme kuralı mutlak olmalı, bundan ancak belirli suçlu kategorileri istisna edilebilmelidir.

Türk hukuk uygulamasında da bunlardan birinci görüşün uygulanması yapılmaktadır. Dördüncü görüşün yasa değişikliklerinde ortaya çıkan karkagaşa durumunun sona erdirilmesinde, mahkûmların sürekli yasa değişikliklerinde kendi lehlerine bir durumun bulunup bulunmadığına ilişkin beklenti içerisinde bulunmaları, bu şekilde ceza infaz edilirken bir yandan da bekleme sabırsızlığı içerisinde ikinci bir infaz daha yaşamaktadırlar. Bu görüşün bütün tartışmaları sona erdireceği düşünülmelidir.

3.6.3. Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme

Türk Ceza Kanununun zaman bakımından düzenlenmesi kanununun 7. maddesinde “(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan

bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. (3) (Değişik fıkra:29/06/2005-5377 S.K./2.mad) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. (4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.” şeklinde²³² düzenlenmiştir.

Ceza kanunlarının birbirini izleyişini düzenleyen YTCK.nun 7. maddesi üç ayrı ipotezi öngörmektedir. Birincisi, yeni suçlar yaratılması ipotezidir. Bu durum, yeni kanun daha önce var olmayan yeni bir suç yarattığında veya var olan bir normun kapsamını daha önce buna girmeyen fiilleri de kapsayacak şekilde genişlettiğinde söz konusu olur. Burada "aleyhteki kanunun geçmişe uygulanmazlığı" ilkesi geçerlidir. Nitekim Ceza Kanununun 7. maddesinde açıkça "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz" denilmektedir²³³. Yani yeni kanun geçmişteki suç olmayan bir olguyu suç haline getirmişse artık yasanın yürürlüğe girdiği andan itibaren olaylara uygulanması gerekir.

²³² Gerekeçe: Madde, kanunun zaman bakımından uygulanmasına ilişkindir. Lehe olan kanunun uygulanacağı kuralı muhafaza edilmiştir. Yürürlükteki usul hükümleri, kesinleşmiş hükümler hakkında lehe olan yeni kanunun nasıl uygulanacağını göstermek bakımından yeterli görülmüştür, İkiden çok kanunun değişmesi hâlinde bunlardan hangisi daha lehte ise onun uygulanacağını belirtmek maksadıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında güvenlik tedbirleri hakkında, infaz usul ve uygulamaları yönünden hüküm zamanında yürürlükte olan hükümlerin geçerli olacağı belirtilmiş ve böylece, tedbirlerin "iyileştirme" işlevi vurgulanmıştır.

Süreli ve geçici kanunların bu madde kapsamı içinde olmamasının, adalet, sosyal yarar ve kanunun etkinliği gereği bulunduğu kabul edildiğinden, son fıkraya metinde yer verilmiş ve böylece süreli: ve geçici kanunların etkinliğinin ve adaletin sağlanması istenilmiştir.

Bilindiği gibi bir kısım ceza kanunları, olağanüstü hâlleri ve geçici durumları karşılamak amacıyla ve dolayısıyla nitelikleri yönünden geçici olarak veya kanun metninde açıkça belirtilen süre kadar yürürlükte kalmak üzere meydana getirilirler. Bu tür kanunların, nitelikleri gereği, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş bütün suçlar hakkında uygulanmaları zorunludur. Aksi takdirde söz konusu kanunların, caydırıcı etkileri kalmaz veya azalır. Oysa, çeşitli nedenlerle suçların faileri ele geçirilememekte ve örneğin iştirak hâlinde işlenen bir suçta kaçan fail, kanunun uygulama süresi geçtiğinde hiçbir yaptırım ile karşılaşmamaktadır. Bu nedenle maddenin son fıkrasıyla, bu maddenin geçici ve süreli kanunlar hakkında uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir. Zamanaşımı hükümleri ise, elbette ki, bu suçlar bakımından da geçerlidir

²³³ Toroslu 64.

İkincisi, suç öngören bir normun yürürlükten kaldırılmasına, ilişkindir. Bu durum, yeni kanunun daha önce var olan bir suçu tamamen ortadan kaldırdığında veya var olan bir normun kapsamını daha önce buna dahil olan fiillerden bir kısmının dışarıda kalması sonucunu doğuracak biçimde sınırlandırdığında söz konusudur. Burada "lehte olan kanunun geçmişe uygulanabilirliği" ilkesi geçerlidir. Nitekim Ceza Kanununun 7. maddesinin birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde "İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar" denilmektedir. Yürürlükten kaldırılan normda öngörülen fiilin failleri artık cezalandırılmayacak; ayrıca bunlar hakkında daha önce verilmiş olan mahkûmiyet hükümleri de, kesin hüküm halini almış olsalar bile, artık infaz edilemeyecektir²³⁴. Bunun nedeni devletin o olayı cezalandırmada artık menfaat görmemesidir²³⁵.

Üçüncü ipotez ise, ara bir ipotez olup, değişiklik yapan kanunların birbirini izlemesine ilişkindir. Bu durum, yeni kanunun yeni suçlar yaratmadığı, var olan suçları da ortadan kaldırmadığı, fakat daha önce suç olan ve halen de suç olmaya devam eden fiile uygulanacak müeyyideyi değiştirdiğinde söz konusudur. Ceza Kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrası "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü ile, örtülü olarak ikinci ipotezi birbirinden ayırmakta ve aleyhte değişiklik yönünden geçmişe uygulanmazlık ilkesini, lehe değişiklik yönünden de geçmişe uygulanırlık ilkesini kabul etmektedir. Bir diğer deyişle birinci durumda eski kanun, ikinci durumda ise daha önce hüküm verilmiş, bu hüküm kesinleşmiş, hatta hükmün infazına başlanmış olsa bile, yeni kanun uygulanır.

Ancak 5237 sayılı TCK infaz rejimi yönünden bu kurala istisna getirmiştir. Nitekim 7. maddenin 3. fıkrasına göre "hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrür ile ilgili olanlar hariç" infaz rejimine ilişkin hükümler, lehte ve aleyhte olmasına bakılmaksızın, derhal uygulanacaktır. Hemen uygulama

²³⁴ Toroslu 65.

²³⁵ Soyaslan 110.

ilkeside denen bu ilke yasanın yürürlüğe girdiği ve yürürlükte kaldığı süre içerisinde tüm olaylara uygulanmasını içerir.

3.6.4.Kanunun Uygulama Alanı

Kanunların birbirini izlemesinde hangi kanunun lehe olduğu ve bunun nasıl yapılacağı gündeme gelecektir. Bir yasa değişikliğinde; önceki ve sonraki yasalardan hangisinin failin leh ve aleyhine olduğunu belirlemek için, somut olayda fiili işleyen kişi hakkında uygulanması olanağı bulunan hükümlerin birbirleriyle karşılaştırılması gerekir. Bu durumda, cezalardaki değişikliklerin yanı sıra, failin lehine sayılabilecek kanun içindeki diğer değişikliklerin, örneğin ertelemeyi kabul etme ya da şikâyete tabi tutma gibi bunlarında dikkate alınması gerekir. Şu halde hâkim, somut olayda her iki yasanın faile uygulanması mümkün hükümlerini uygulayarak bir sonuca varacaktır. Bu karşılaştırma yapılırken, uygulama olanağı bulunan tüm yasalar leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı bir bütün olarak ele alınıp uygulanmak suretiyle sanığın lehine olup olmadığı belirlenecektir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 23.02.1938 gün ve 23-9 sayılı kararı da bu doğrultudadır. Bu kararda özetle; "Suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri farklı ise, her iki yasa birbirine karıştırılmadan ayrı ayrı her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehe olanı uygulanmalıdır." görüşü kabul edilmiştir. Yargıtay Ceza Kurulu'nun 30.03.2004 gün, 1-46/78, 23.12.2003 gün ve 270-290 sayılı, 25.05.1999 gün ve 133-142 sayılı ve 14.10.1985 gün ve 194-525 sayılı kararlarında da aynı esaslara yer verilmiştir.

5252 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Yargılama Şekli Hakkındaki Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasında da açıkladığımız görüşleri doğrulayıcı içerikte, "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir" hükmüne yer verilmiştir.

Üzerinde görüş birliği bulunmayan ve tartışmalı olan konu ise; birden fazla kanun birlikte değiştirilip, bu kanunların yerine iki ayrı kanun kabul edilerek aynı tarihte yürürlüğe girdiği durumda leh ve aleyhteki kanunun nasıl belirleneceğidir.

Yani temel ceza kanunları, infaz kanununda değişiklik yapılması halinde lehe olan uygulama nasıl belirleneceğidir. 5252 sayılı yasanın 9/3. madde hükmü ceza kanunun uygulanması bakımındadır. Bunun infaz yasasının uygulanması ile bir ilgisi yoktur. YTCK genel hükümler bölümünde de bu konuda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yine her kanunu kendi içerisinde ayrı ayrı lehe uygulanabilecektir. Çünkü bu kanunlar özellikleri itibari ile farklı olup ayrı prensipler benimsenmektedir. Bu nedenle hükmün kesinleşmesi aşamasına kadar olan kanun değişikleri suç ve ceza ile ilgili değişiklik kabul edilip bu yasa çerçevesinde değerlendirilmelidir. İnfaz aşamasına geçildikten sonra önceki ve sonraki infaz yasasının uygulaması gündeme gelmeli bu iki yasa kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Ancak infaz yasasının içerisinde maddi ceza hukuku kurallarının düzenlenip düzenlenmediğini dikkat etmek gerekir. Kanunkoyucunun infaz yasalarında sadece infaza ilişkin düzenlemeleri yapmaları, maddi ceza hukukun müesseselerine yer vermemelidir. Eğer yer verilmişse bunu maddi ceza hukuku hükümleri olarak değerlendirilmelidir.

Ceza hükümlerini taşıyan devamlı kurallar yanında, geçici (Sürelî, muvakkat veya istinat) ceza kuralları da vardır. Kanunkoyucunun, yürürlükte kalacağı süreyi önceden kuralın metninde göstermiş bulunduğu geçici Ceza kuralına sürelî kurallar denmektedir. Muvakkat veya istisnâ nitelikteki geçici Ceza Hukuku kuralları da fiilen sürelî olmakla beraber, süre önceden bilinmemektedir. Sözü geçen kurallar da daimî değildirler. Ancak bunların yürürlük süreleri, ilgili oldukları olayların devam sürelerine bağlıdır. Meselâ ceza hükümleri taşıyan bir kanun uygulanma süresini iki yıl, üç yıl gibi belirli ve kesin bir biçimde sınırlandırmış ise, sürelî bir kanun; buna karşılık savaşın veya olağanüstü hallerin devamı süresince yürürlükte kalmak üzere yayınlanmış bir kanun söz konusu ise, muvakkat veya istisnâ bir kanun bulunduğu söylenebilir. Her iki tip ceza kuralları birlikte olarak geçici ceza kurallarıdır²³⁶. Belirtmek gerekir ki, YTCK, "geçici veya sürelî" kanunlar yönünden, bu kurala istisna getirmiştir. Nitekim 7. maddenin dördüncü fıkrasına göre "Geçici veya sürelî kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir" hükmü yer almaktadır. Buna göre, "geçici veya sürelî" kanunlarda öngörülen fiile, sonraki kanun cezayı azaltmış

²³⁶ Dönmezer/Erman 212.

veya suç olmaktan çıkarmış olsa bile, işlendiği zaman yürürlükte olan kanun uygulanır. Bu düzenleme ile yürürlükten ne zaman kalkacağı önceden bilinen kanunların yürürlükten kalkma tarihlerine yakın zamanlarda suç işleyenlerin cezadan kurtulmaları önlenmiş ve böylece bu tür kanunların etkinliği sağlanmak istenmiştir²³⁷. YTCK 7. maddenin 4. fıkrasına böyle bir hükmün konulması, hem kanunların zaman bakımından uygulanmasında tereddütlere yer vermemek hem de ceza adaleti açısından yerinde bir düzenleme olmuştur.

Geçici Ceza kuralları bakımından lehe olan kuralın geçmişe yönelmesi problemi doktrinde iki zıt tezin ileri sürülmesine yol açmıştır²³⁸.

a) Birinci görüşe göre, geçici ceza kuralları yürürlükte buldukları sürece işlenmiş fiil ve hareketler bakımından devamlı olarak, yani yürürlükten kalktıktan sonra da uygulanırlar. Bu kurallar bakımından, böylece, lehte olan kanunun geçmişe yönelmesi prensipi uygulanmaz; yürürlükten kalktıktan sonra da ileriye yönelirler.

b) Lehe olan ceza kuralını geçici ceza kaideleri bakımından da geçmişe yöneltmek gerekir. Gerçekten kanunkoyucu geçici haller için müeyyide taşıyan bir kural koyarken, faildeki kusuru nazara almamakta, sadece ceza müyyidesinin korkutucu etkisini gözönünde tutmaktadır; sonunda söz konusu kural ortadan kaldırılmakla, kanunkoyucu önceki korkutucu maksadın artık gerekli olmadığını belirtmiş olur. Kaldı ki, sosyal yarar cezalandırmanın esasıdır; kanunkoyucu bu yönü açıklamış iken, eski esasa göre ceza vermekte devam etmek, ceza vermek hakkının dayandığı temellere aykırı olur. İşaret edelim ki, bazı yazarlar eski kuralların daha önce işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmakta devam etmesini kanunkoyucunun açık veya örtülü iradesi ile bunu istemiş bulunmasına bağlamaktadırlar; bu yazarlara göre her özel halde metnin izlediği amacı araştırmalıdır.

1935 Berlin Ceza Kongresi birinci görüşü kabul edilmiştir. Görülüyor ki, geçici Ceza Kuralları bakımından geçmişe yönelme kuralının uygulanmaması, bu

²³⁷ Toroslu 65.

²³⁸ Dönmezer/Erman 213.

çeşit kuralların geleceğe yönelik etkilerinin kabul edilmesi Ceza hukukunda yerleşmiş bulunmaktadır²³⁹.

Suç işlendiği tarihte yürürlükte olan kanun ile hüküm sırasında yürürlüğe girmiş bulunan kanun arasına üçüncü bir kanun girmiş olabilir. Bu kanuna Ceza hukukunda "aradaki kanun" adı verilmektedir²⁴⁰. Aradaki kanunda sanığın lehine ise uygulanmalıdır. Çünkü aradaki kanunun yürürlüğe girmesiyle lehe düzenleme içermesi halinde kazanılmış bir hak meydana gelir. En son yürürlüğe giren kanun sanığın aleyhine ise zaten geçmişe yürümeyeceğinden en eski kanun ve aradaki iki kanunun karşılaştırması gündeme gelir. Aradaki kanunun uygulanmaması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Yargılamanın yavaş yürütmesi, mahkemelerin elinde olmayan gecikmeler ve kanun koyucunun toplumsal gerçekler hakkında yanılığının ortaya çıkması sonucu çok kısa bir süre içerisinde yeni kanunun yürürlüğe girmesi söz konusu olabilir. Bu durumlar sanığa veya şüpheliye izafe edilmemelidir. YTCK 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinde 31. maddesinin 2. fıkrasında 12-15 yaş gruplarındaki çocuklar için 2/3 oranında indirim getirmişti. Ancak daha sonra bu indirimi 29/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 5. maddesi ile ½ olarak tekrar düzenlemiştir. 01/06/2005-29/06/2005 tarihleri arasında suç işleyen 12-15 yaş grubundaki çocuklara indirim lehe olarak 2/3 oranında uygulanacaktır.

İki normun mukayesesi yapılırken sadece cezanın nevi ve süresine bakılmamak, tamamlayıcı cezalar, ağırlatıcı ve hafifletici sebepler, suçu ve cezayı ortadan kaldıran sebepler, fail için getirilen menfaatler, kısacası failin lehine olan herşey gözönüne alınmalıdır.

Suç ve cezaların ancak kanunla koyulacağını belirterek, failin lehine olan sonraki kuralın uygulanmasına ilişkin temel esas, onaylanmayan veya düzeltilerek onaylanan kanun hükmünde kararname için de geçerli olmalıdır.

²³⁹ Dönmezer/Erman 214.

²⁴⁰ Dönmezer/Erman 214.

Bütün bu görüşlerden sonra lehe kanunun tespiti şu şekilde yapılacaktır²⁴¹:

Yeni kanun eski kanunun aynı fiil için öngördüğü sabit cezayı azaltabileceği gibi artırabilir de azaltma halinde lehe, artırma halinde aleyhe kanun sözkonusudur. Yargıtay lehe olan yasanın belirlenmesinde ETCK'nun 11. maddesindeki sıraya göre daha ağır olan cezanın gözönüne alınmasını kabul etmiştir. Eğer yeni kanun, eski kanunun asli cezanın yanında öngörülmüş olduğu fer'i cezayı ortadan kaldırıyor ise lehe olan kanundur.

Yeni kanun eski kanunda bulunmayan asli cezanın yanında fer'i veya mütemmim ceza getirmişse fail aleyhine kanun olduğundan daha önceki kanunun yürürlüğü zamanında meydana gelmiş bulunan olaya uygulanmayacaktır.

Yeni kanunun getirmiş olduğu asgari ceza sınırı eski kanunun asgari sınırından daha aşağı ise yeni kanun lehedir. Aksi halde aleyhedir.

Yeni kanunun üst sınırı eski kanunun üst sınırından daha aşağı ise lehe kanundur. Yeni kanun eski kanuna göre üst sınırı yükseltmiş, ancak alt sınırı indirmiş ise, veya alt sınırı yükseltmiş üst sınırı indirmiş ise somut olayı her iki kurala da uyarlayarak lehe olan kanunu bulmak gerekir.

Hapis cezası öngören yasa aleyhe, adli para cezası öngören yasa para cezasının miktarına bakılmaksızın lehedir.

Eski ve yeni kanunun öngördüğü cezalar aynı, ancak yeni kanun cezanın para cezası, aynen iade veya tazmin, eğitim ve ıslah kurumuna tevdi gibi bir tedbire çevrilmesini de öngörüyorsa failin lehine olan kanundur.

²⁴¹ Soyaslan 111-112, 5. CD. 5.5.1993, 518/1942 sayılı kararı(YKD Haziran 94); Bakıcı 45 vd.; Öztürk/Erdem 93; Hakeri 39; Şen 11-41.

Adli ve idari suç kabul edilen yasadan idari suç kabul eden yasa sanık lehinedir. İdari cezanın miktarına bakılmayacaktır. Çünkü idari cezalar sabıka kaydına işlenmediğinden lehedir.

Eğer yeni kanun olayı cürüm olmaktan çıkarıyor kabahat yapıyor ise lehe kanundur. Hatta kabahatten dolayı verilecek olan cezanın süresi fazla olsa da daha lehedir. Çünkü cürüme bağlanan sonuçlar daha ağırdır. Cürüm teşkil eden fiil ancak kasden işlendiğinde cezalandırılıyor, buna karşılık kabahat taksirle işlendiğinde cezalandırılıyorsa o zaman fiili kabahat sayan kanun aleyhedir.

Eğer kabahat hürriyeti bağlayıcı ceza, cürüm para cezası öngörmüş ise cürüm daha lehedir. Para cezasıyla beraber de olsa süresi az olan hürriyeti bağlayıcı cezayı öngören kanun lehedir.

Eğer sonraki kanun, öncekinin öngördüğü cezanın yerine, ceza infazının tehirini, adli affi öngörüyor ise daha lehedir.

Sonraki kanun resen takibedilen suçu şikayet, izin, karar veya talebe bağlı hale getiriyorsa lehe kanundur. Şikayete bağlı suç resen takibedilen bir suç haline getiriliyorsa aleyhe kanundur.

Eğer bir kanun Anayasa'ya aykırı olması dolayısıyla iptal edilmiş, bunun yerini yeni bir kanun almışsa lehe olan kanun uygulanır.

Aynı olan cezaya ilaveten güvenlik önlemi kabul eden yasa aleyhedir.

Sonraki yasa eylemi suç olmaktan çıkarmışsa lehedir. Soruşturma devam ediyorsa soruşturma yapılmaz, sonuçlandırılır, infaz aşamasında ise infaz durdurulacak, sonuçları ortadan kaldırılacaktır. Kovuşturma aşamasında ise beraat kararı verilecektir.

Kanunilik ilkesi lehe olan hükümlerin bir araya getirilmesi ile yani üçüncü bir kanun yaratılmasına izin vermez. Bunun sonucu olarak da, bu kanunlardan fail bakımından en elverişli olan hükümlerin kombine edilmesi suretiyle uygulanması mümkün değildir. Yargıtay karma uygulama yasağını getirmektedir.

Ceza sorumluluğunu daraltan, örneğin çocuklar bakımından ceza sorumluluğu için kabul edilen yaş sınırını (YTCK m.31) 11'den 12'ye çıkaran kanun lehedir.

Her iki kanundan biri teşebbüsü cezalandırıyor diğeri cezalandırmıyorsa, cezalandırmayan kanun lehe kanundur.

Suç tiplerine, ceza, usul ve infaz yasalarında lehe düzenlemenin nasıl belirleneceğini ayrı ayrı ele almasında da yarar bulunmaktadır.

3.6.5. Zincirleme Suç

YTCK 43. maddesinde zincirleme, yani müteselsil suç müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi hali zincirleme suç sayılmıştır. Birden fazla işlenen suç, hangi kanun döneminde müteselsil suç halini almışsa, öncelikle o kanunun fail ve fiil hakkında uygulanması gerekmektedir. Ancak, yeni kanun failin lehine ise, elbette lehe olan yeni düzenleme tatbik edilmelidir. Birden fazla işlenen fiil, eski kanun döneminde bir defa işlendiğinden bAİHSle bağımsız suç olup, yeni kanun döneminde aynı suçun tekrar işlenmesi durumunda ise, eski kanun ile yeni kanunda gösterilen cezalar içtima edilmeyecek, sadece yeni kanundan dolayı zincirleme suç uygulaması yapılacaktır. Çünkü her iki kanunda gösterilen cezanın, sırf fiillerdeki zaman farkından kaynaklanan sebeplerle birlikte uygulanması, hem lehe olan kanunun tatbik edilmesi ve hem de "zincirleme" suç müessesesine aykırı düşecektir. Müteselsil suç, teselsülün bittiği veya kesildiği anda gerçekleşmiş sayılır. Esas itibariyle, o an hangi kanun yürürlükte ise, faile ve fiile o kanun tatbiki mümkün olabilecektir. Eğer teselsül, eski kanun döneminde bitmiş veya kesilmişse, bu durumda "lehe olan kanun" uygulaması yapılacaktır.

3.6.6. Kesinleşmiş Kararlar

Yeni yürürlüğe giren kanun hükümlerin kesinleşmiş mahkûmiyetlere nasıl uygulanacağı gündeme gelir. İnfaz görevlisi tarafından doğrudan mı uygulanacağı yoksa eski hükmü veren mahkemenin kararını talep veya doğrudan gözden geçirmesi yoluyla mı uygulanacağıdır. İkinci uygulamanın seçilmesinin hukuki hataları daha aza indireceği tartışmasızdır. 5252 Sayılı Yasa'nın 9 uncu maddesi bu tartışmaları sona erdirmek istemiştir. Bu maddede “ (1) 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir. (2) Birinci fıkra hükmü, 1 Haziran 2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 13.10.2005 gün, 2005/10431 Esas, 2005/12718 Karar-14.10.2005 gün, 2005/8861 Esas, 2005/12722 Karar-14.10.2005 gün, 2005/8812 Esas, 2005/12727 kararlarında²⁴², kesinleşmiş kararlar bakımından failin lehine olan hükmün ne şekilde uygulanacağı gösterilmiştir. Buna göre, 5252 sayılı TCKYUŞHK.nın 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 01 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş kararlar ile ilgili olarak lehe olan ceza normunun belirlenmesi ve uyarlanmasına ilişkin kararların dosya üzerinden duruşma açılmadan verilmesi mümkündür. Bununla birlikte Yargıtay, sonraki ceza normu ile suçun unsurları veya özel halleri değiştirilmekte ise, cezanın ağırlatıcı nedeni sayılacak olguların tartışılması, alt ve üst sınırlar arasında bir oran belirlenmesi veya artırım veya indirim nedenlerinin değerlendirilmesi gerekmekte ise, cezanın paraya veya tedbire çevrilmesi veya ertelenmesi hususunda mahkemece takdir hakkının kullanılması ve böylece bireyselleştirme yapılması zorunlu ise, duruşma açılmak suretiyle tüm bu hususların sebep ve gerekçeleri de gösterilerek hüküm kurulması gerektiğine dair kararlar vermiş ve 5252 sayılı Kanunun 9. maddesinin tatbikine ilişkin ölçütü ortaya koymuştur. Bu olumsuzluğu kabul eden yasa koyucu da yeniden değerlendirme sürecinin uzun sürmesi nedeni ile suç ve cezaların zamanaşımına uğraması gündeme gelebilecektir. Bu durumda aynı maddenin 4. üncü fıkrası gereğince bu süre içerisinde zamanaşımı işlemeyecektir.

²⁴² <[http:// Yargıtay. gov.tr](http://Yargıtay.gov.tr). erişim:10.10.2007>

Yargıtay'ın bu görüşüne katılmaya olanak yoktur. Lehe yasanın değerlendirmesi yeniden yargılama faaliyeti değildir. Yürürlüğe giren iki yasanın lehe veya aleyhe olup olmadığını tespit işlemidir. Bir eyleme ilişkin olarak sanığın savunması alınmış, tahrik sebepleri veya diğer indirim, artırım nedenleri tartışılmıştır. Bunları tekrar tartışmaya açmak doğru değildir. Yasa metninde açıkça yeniden değerlendirme işleminin dosya üzerinden yapılacağı belirtilmesine rağmen yasada öngörülmeleyen bir usulün Yargıtay uygulaması ile getirilmesi mümkün değildir. Ayrıca yeniden duruşma açılması aşırı derecede emek ve zaman kaybına neden olduğu, sanıklarda yeni yasa nedeni ile cezasında indirim veya cezanın büstünün kaldırılması veya yeni yasanın af gibi algılanması beklentilerini artırmakta, neticede herhangi bir değişik olmadığı zaman bu zaman diliminde bitmeyen bir yargılama süreci sanık tarafından yaşanarak olumsuz etkilerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

C.G.K.04.10.1993 gün ve 9-185/224 sayılı kararında kesinleşmiş mahkumiyet kararları hakkında da, ertelemeye ilişkin olarak getirilen yeni ve lehteki yasa hükümleri uygulanır²⁴³ şeklinde karar vermiştir.

7.5.7. Ceza Muhakemesi Kuralları

Ceza muhakemesi hukuku kuralları lehe olsa dahi geçmişe yürümez. Bu anlamda, eski kanuna göre yapılmış işlemler tekrarlanmaz. Örneğin, sonradan yürürlüğe giren kanunun mecburi müdafii kuralını getirmiş olması, müdafii bulunmadan ifadesi alınan kişinin yeniden ifadesinin alınmasını gerektirmez. Aksi takdirde tüm muhakeme işlemlerinin yapılması tekrarlanması muhakemeyi yapılamaz hale getirir²⁴⁴. Görülmekte olan bir davada ilk soruşturma sona ermiş ise, yeniden yürürlüğe giren kanun dolayısıyla son soruşturma safhasında bulunan bu dâvada, ilk soruşturma tekrarlanmaz. Bu, kazanılmış hakların saklı olması anlamını taşımaz. Fakat usul kanunlarının geçmişe yönelmediklerini ve ancak teessüs etmemiş hukukî

²⁴³ Savaş/Mollamahmutoglu 148.

²⁴⁴ Özbek 206.

durumlar hakkında yürürlüğe girer girmez etki göstermeye derhal başladıklarını belirler²⁴⁵.

Zaman bakımından uygulamada o sırada yürürlükte bulunan hukuk kurallarının uygulanmasına hemen uygulama denmektedir. Ceza Muhakemesi hukukunda hemen uygulama geçerlidir. Bu nedenle bazı istisnalar dışında Ceza kanunlarından farklı olarak lehe kanun uygulanması sorunu yaşanmaz. Aynı zamanda yürürlükten kalkmış kurallarında ileri yürümesi ve yürürlükten kalkmış kurallarında geriye yürümesi söz konusu olmaz²⁴⁶. Ceza Muhakemesi kuralları suça değil, muhakeme işlemlerine uygulandığından derhal uygulanırlık ilkesinin geçerli olması doğaldır²⁴⁷. Yani ceza muhakemesi kanunları suça ilişkin olmadıklarından yürürlüğe girdiği andan itibaren henüz derdest bulunan bütün dosyalarda derhal uygulanır.

Ceza Muhakemesi kurallarının hemen uygulanmasının kabul edilmesinin yeni kanunun eskisinden daha mükemmel olması, bir memlekette aynı anda iki muhakeme hukukunun uygulanmaması, en önemlisi ceza muhakemesi kurallarının yürürlükte bulunduğu işlemlere uygulanmasıdır²⁴⁸.

Hemen uygulama ilkesinin kabul edilemez haksızlıklara yol açması durumunda, yeni kanunun bunu geçici bir hükümlerle halletmesi yerinde olur. Bu haksızlığın yorum yoluyla giderilmesi de düşünülebilir. Burada kazanılmış hak ve eşitlik ilkesinden yararlanılabilir²⁴⁹. Kanun yoluna başvuru süresini kısaltan yeni kanun uygulanmamalıdır. Çünkü hükmün tefhimi ile birlikte ne kadar süre içerisinde kanun yoluna müracaat edileceği açıklanmaktadır. Her ne kadar sonradan yürürlüğe giren kanun yayınlanmakta ve herkes tarafından belirli olduğu kabul edilebilirse de her sanığın hukukçu olmadığı veya vekille temsil edilmediği göz önüne alınırsa daha uzun süre öngören eski kanundaki süreler yönünden bunu kazanılmış hak saymada yarar bulunmaktadır. Çünkü temyiz hakkı savunmaya ilişkin bir haktır. Usul

²⁴⁵ Dönmezer/Erman 223.

²⁴⁶ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku 71.

²⁴⁷ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey. Ceza Muhakemesi Hukuku.(İstanbul: Beta Yayınevi, 2000) 490.

²⁴⁸ Kunter/Yenisey 492.

²⁴⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku. 71.

kanunları ile bu hakkın kısıtlanmaması gerekir. Tartışmaları sona erdirmenin yolu yürürlük yasasına konacak geçici hükümle sorunun çözülmesidir.

Y.C.G.K. 05.03.1993 gün ve 7-314/67 sayılı kararında mahkemeler, hüküm anındaki muhakeme kurallarına göre davaya bakmakla görevlidir²⁵⁰ şeklinde içtihadta bulunmuştur.

3.6.8. İnfaz Kanunları

İnfaz kanunları da hemen uygulanır. Nitekim 5377 s.Kla değişik YTCK m.7 (3)'e göre infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır. Dolayısıyla lehe olup olmadığına bakılmaz. Ancak infaz kanunu, infaz rejimini ağırlaştırmış olabilir. Örneğin, hücre hapsinin süresinin uzatılması gibi. Doğru olan, infaz rejimini ağırlaştıran kanunu, başlamış infaza uygulamamak olmalıdır. Nitekim YTCK'nın erteleme, koşullu salıverme bakımından daha ağır hükümler içermesi ve tekerrür konusunda da çok farklı düzenleme getirmesi nedeniyle hemen uygulamanın yol açacağı sorunlar 5377 sayılı kanunla yapılan değişiklikle "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır" hükmünün getirilmesini sonuçlamıştır. Bu durumda YTCK'nın erteleme, koşullu salıverme ve tekerrüre ilişkin düzenlemeleri bakımından lehe kanun hükümleri esas alınacaktır²⁵¹.

İnfaz kanunlarının derhal uygulanması ilkesi iki bakımdan izah edilmektedir: Bir kere yeni kanun, eskiye nazaran, mahkûmun uslanması bakımından yeni görüşlere yer vermiş olarak farzedilmekte, ayrıca infaza ilişkin problemler de bu çeşit kanunların derhal uygulanmalarını mecburî kıldığına işaret edilmektedir. Gerçekten yeni kanun daha önce suç işlemiş oldukları için cezalarını çekmekte bulunanlara derhal uygulanmayacak olursa, cezaevlerinin sayılarını pek çok arttırmak, yahut da aynı bir cezaevinde çeşitli rejimlerin uygulanması yoluna gitmek gerekecektir. Bu ise bir çok uygulama zorlukları meydana getirir. Görülüyor ki, bu birinci görüş daha çok uygulama zorluklarına ve maksada uygunluk düşüncelerine

²⁵⁰ Savaş/Mollamahmutoğlu 147.

²⁵¹ Özbek 206.

dayanmaktadır. İkinci görüş ise daha hukuki gerekçelere dayanmaktadır. Devletin cezalandırmak hakkını veren ve suçluya, hükmedilen cezayı çekmek yükümünü yükleyen durum, hukukî ve kanunî bir durumdur; bu sebeptendir ki, bu durumu değiştiren yeni kanunlar, çekilmekte olan cezalara derhal etkilerler; yeni kanunun hafifletici mi, yoksa ağırlaştırıcı mı olduğunu araştırmak gerekmez. Çünkü gerçekte bu gibi hallerde değişen bir ceza yoktur²⁵².

Ancak dikkat edilmelidir ki, bu gibi kanunlar infaz edilmekte bulunan cezalar üzerinde, sadece yürürlüğe girdikleri günden itibaren etki gösterir; bu tarihten önce infaz edilmiş cezalara ve ceza bölümlerine ait durumlar yerleşmiş hukukî durumlar olarak kalır. Bunun sonucu kanunun geçmişe yönelmesinden değil ve fakat teessüs etmemiş hukukî durumlara derhal uygulanmasından söz etmek çok daha doğru olur²⁵³. İnfaz edilme durumunu mahkûmun şartla tahliye edildiği tarih değil, bihakkın sürenin dolduğu tarih olarak anlamak gerekmektedir. Yeni yasa lehe olarak infaz süresini kısaltmış ise hükümlü cezaevinden şartla tahliye edilmiş olsa bile yasanın uygulanması gerekir. Çünkü lehe yasa bihakkın tahliye tarihini yani cezanın infaz edilmiş sayılacağı tarihi geriye çektiğinden bundan hükümlüyü yararlandırmak gerekmektedir.

Ceza infaz kanunlarının uygulanma zamanı ve etkisi konusunda, Anayasası'nın 38. maddesi ile 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da hüküm olmadığı gibi, 5237 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 7. maddesinde, güvenlik tedbirlerinin infazı dışında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 7. maddenin değişiklikten önceki üçüncü fıkrasına göre, "Güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır". Ancak 5377 sayılı Kanunla 7. maddenin üçüncü fıkrası, "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır" şeklinde değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeyle, para cezaları ile güvenlik tedbirlerinin infazına ait hükümlerin uygulanma zamanı ve etkisinde mutlak olarak ve hapis cezalarının infazı rejimine dair hükümlerin uygulanma zamanı ve etkisi hususunda ise, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç

²⁵² Dönmezer/Erem 216; Soyaslan 113.

²⁵³ Dönmezer/Erman 216; Soyaslan 112.

olmak şartıyla, derhal tatbik edilme esası kabul edilmiştir. Böylece, hapis cezasının infazına ilişkin hükümler bakımından, eğer suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan infaz kanunu ile sonradan yürürlüğe giren infaz kanunu hükümleri arasında fark var ise, cezanın ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrür bakımından doğrudan doğruya yeni kanun uygulanmayacak, iki infaz kanunu arasında failin lehine olan hangi ise, o kanun uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucu üçüncü fıkra değişikliğiyle, daha önce benimsediği "ceza infazı rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanması" esasına bazı istisnalar getirmiştir. İstisnaya konu müesseseler yönünden, suçun işlendiği tarih dikkate alınmak suretiyle eski ve yeni kanun hükümleri birlikte incelenecek ve hangi düzenleme failin lehine ise, o düzenlemenin tatbiki yoluna başvurulacaktır²⁵⁴.

İnfaza ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı ilkesi yanlış anlaşılmalıdır. Örneğin eski yasaya göre bir mahkumun yatacağı süre belirlenmiştir. Sonradan yürürlüğe giren yasa mahkumun yatacağı süreyi aleyhe olarak değiştirmiş ise hemen uygulama sonucu yeni infaz yasasına göre yeniden hesaplanarak yeni kanuna göre infaza başlanması adalet kavramı ile bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Hemen uygulanama kavramı yeni yasa döneminde işlenen suçlar yönünden anlaşılmalı, infazına başlanmış ve kesinleşmiş mahkûmiyetler için sonuç doğurmamalıdır. Ancak yeni infaz yasası lehe düzenleme getirmesi halinde uygulanması gerekecektir.

Ayrıca yeni yasanın uygulanması açısından infaza başlanma tarihi mi yoksa suç tarihi esas alınarak mı uygulama yapılacaktır. İnfaza başlanma tarihindeki yasanın uygulanması anlaşıldığı zaman yine istenmeyen adaletsiz uygulamaların ortaya çıkması sonucunu doğurabilmektedir. Örneğin eski yasa döneminde iki sanıktan biri hükmü temyiz edip birisi temyiz etmediği zaman temyiz etmeyen hükmü kesinleşerek infazına başlanmaktadır. Temyiz sürecinin uzun sürmesi nedeni ile sanık aleyhine sonuç doğuran yeni infaz rejimi yürürlüğe girdiğinde temyize gitmiş sanık aleyhine sonuç doğuran yeni yasanın uygulanması halinde yasal hakkını kullanmış sanık aleyhine sonuç doğurmaktadır. Burada suç tarihine göre infaz rejiminin uygulanmasında yarar bulunmaktadır. Bu uygulamanın İnfazdan kaçan

²⁵⁴ Şen 11-47.

kişilerin lehine sonuç doğuracağı eleştirileri yapılabilirse de infazı sağlamak devletin görevidir. Bu zafiyet devlete yüklenmeli hukuk sınırları içerisinde hakkını kullanan kişilere yüklenmemelidir.

YTCK 7. maddesinin üçüncü fıkrası dikkate alındığında, "erteleme" müessesesi konusunda CİK'in "Cezaların Ertelenmesi" başlıklı 6. maddesinde gösterilen şartların geçmişe yönelik olarak uygulanabilecektir. ETCK ile YTCK hükümlerine göre, lehe olan hükümler dikkate alınmak suretiyle fail veya mahkûmun cezası hesaplanacak, ardından CİK uyarınca şartların gerçekleşmesi halinde fail veya mahkûmun cezası ertelenecektir. Erteleme konusunda YTCK'nın "Hapis cezasının ertelenmesi" başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasının "b" bendi dikkate alındığında, "suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması halinde" cezanın ertelenebileceği ifade edilmektedir. Yeni düzenleme, eski düzenlemede olmayan "pişmanlık", yani "suçu kabul etme ve işlemekten dolayı pişman olma" şartını getirmiştir ki, bu şart önceki düzenlemede bulunmadığı gibi, "erteleme müessesesinin amacına aykırı bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece, suçu kabul edenin ve pişmanlık duyanın cezası ertelenebileceğinden, hapis cezasının ertelenmesinden fayda umulan, fakat suçunu ikrar etmeyen failin cezası ertelenmeyecektir. Yeni düzenleme bir anlamda, ceza almak istemeyen faili suçu kabul etmeye zorlamakta, özgür iradesini bozmakta, "erteleme" müessesesinden yararlanmak isteyen ve bu imkanı kaçırmamayı hedefleyen kişiyi, ihtimal dâhilinde bulunan mahkum olma korkusuyla suçu işlememiş olsa dahi suçu işlediğini kabul etmek baskısı altında bırakmaktadır. Bu nedenle "erteleme" müessesesi bakımından 51. madde daha ağır şartlar içerdiğinden, eskiye yönelik olarak CİK 6. maddesinde öngörülen şartların uygulanabilecektir. 5237 sayılı Kanunun 51. maddesinin sekizinci fıkrasında, "Denetim süresi yükümlülöklere uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır" hükmüne yer verilerek, ertelemenin hapis cezası mahkûmiyetinin sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı öngörülmüştür. "Ertelemenin kaldırılması" konusunu düzenleyen 765 sayılı Kanunun 95. maddesinde ise, erteleme süresinin suç işlenmeden tamamlanması halinde, cezası tecil edilen mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılacağı belirtilmiştir. Böylece, hapis cezasının ertelenmesinin sonucu nedeniyle de eski düzenlemenin failin lehine olduğu

anlaşılmaktadır. CİK 6/1. maddesinin tatbiki gündeme gelmişse, "ağır hapis cezası" türünün yürürlüğüne son verildiğinden, iki yıl dâhil tüm hapis cezaları erteleme kapsamında kabul edilmelidir. Hatta YTCK 7/3. maddesi hükmü yürürlüğe girdiği andan itibaren, infazına henüz başlanmamış veya başlanıp da tamamlanmamış tüm hapis cezalarıyla ilgili hesaplamalar yapılmalı, iki yıla kadar ve iki yıl dahil tüm hapis cezalarıyla ilgili 647 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında "erteleme" değerlendirmesi mutlak şekilde yapılmalıdır. Eski düzenleme uyarınca ertelenmiş olan hapis cezası fail bakımından "usule ilişkin müktesep hak" teşkil ettiğinden (aleyhe temyiz olmamak kaydıyla) ve lehe olduğundan, sonradan geri alınamaz ve ortadan kaldırılamaz²⁵⁵.

3.6.9. Güvenlik Tedbirlerine İlişkin Kanunlarda

Güvenlik tedbirlerine ilişkin kanunlar da, hemen uygulanır; lehe ya da aleyhe olup olmadığına bakılmaz. Dolayısıyla geçmişe yürür. Zira güvenlik önlemlerinde ödetme değil, tehlikeye karşı koruma amacı ön plandadır. Gerçekten güvenlik tedbirlerinde amaç, suçludaki tehlike halinin dikkate alınması ve onun topluma yeniden kazandırılmasıdır. Bu nedenle yeni kanundaki tedbirin daha yerinde olduğu kabul edilir. Güvenlik tedbirleri arasında cezalarda olduğu gibi bir derece farkı bulunmaz. O halde amaca uygun olan son çıkan kanundur. Ancak güvenlik tedbirleri de cezalar kadar ağır sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle istisna getirilmesi yerinde olacaktır²⁵⁶.

Güvenlik tedbirleri sırf suçlunun tehlike halini ortadan kaldırmak amacıyla alınan tedbirlerden ibaret bulunduğu için, bu tedbirlere ilişkin bulunan kanunların derhal uygulanmaları, hem tabii hem de zorunlu görülmektedir. Güvenlik tedbirleri, suçun karşılığı olan bir çeşit kefareti niteliğini haiz bir müeyyide olmadıklarından, böyle düşünmek uygun görülmüştür²⁵⁷.

Güvenlik tedbirlerinde de lehte ve aleyhte ayırım yapılmasında bir engel bulunmamaktadır. Aleyhe sonuç doğuran güvenlik tedbirlerinin uygulanmaması

²⁵⁵ Şen 11-47.

²⁵⁶ Özbek 207.

²⁵⁷ Dönmezer/Erman 217.

yerinde olacaktır. Gerçekte tam bir ceza niteliğini gösteren, meselâ kısırlaştırma gibi tedbirler yönünden, geçmişe yürürlü uygulamanın yerinde olmayacağı öne sürülmektedir. Ancak Güvenlik tedbirlerinin nitelikleri ve göttükleri maksatlar gözönüne alınacak olursa, bu tedbirlere ilişkin bulunan kanunların derhal uygulanmaları gerektiği hususunda tereddüt etmemelidir²⁵⁸.

3.6.10. Koğuşturma Şartlarına İlişkin Şartlarda Değişikler

Suçun unsurları dışında kalan koğuşturma (tâkip) şartlarının başlıcaları şikâyet, talep, izin ve karardan ibarettir. İşbu şartlar bakımından değişiklik yapan kanunların geçmişe yürürlü olarak uygulanıp uygulanmayacakları tartışmalıdır. Bu hususta bir hakkın koğuşturulmasına ilişkin şartları, hak ile beraber doğdukları ve böylece hakkın doğduğu tarihte yürürlükte bulunan kanunlara göre kullanılacakları, zira suçtan zarar görenin haklarını suç işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanunun göstereceği, sonradan yürürlüğe giren kanunların ister leh isterse aleyhte olsunlar, suçtan zarar görenin haklarını ortadan kaldıramayacakları düşünülebilir. Fakat Ceza hukukunda koğuşturma şartları, suçun bünyesine dahil bulduklarından, konuyu, suç yaratan kanunların geçmişe etkili olup olmamaları bakımından incelemek uygundur. Meselâ zina gibi takibi şikâyete bağlı olan bir suç işlendikten sonra yürürlüğe giren bir kanun, bu suçu takibi şikâyete tâbi olmaktan çıkarır ve resen koğuşturulan suçlar arasına sokacak olursa, daha önce işlenen ve şikâyet süresi geçmiş bulunan suçlar hakkında uygulanmaz; ancak, henüz şikâyet süresi geçmeden yeni kanun yürürlüğe girmişse, bu yeni kanunun derhal uygulanması ve yürürlük ânında dâvanın açılması henüz şikâyet süresi geçmemesi nedeniyle mümkün bulunduğu için, dâvanın re'sen açılması gerekir. Buna karşılık savcının hareket serbestisini sınırlayan kanunun geçmişe yöneltmesi gerekir. Koğuşturmanın bir hak düşümü süresine tâbi olduğu hallerde de, failin lehine olan kanunun geçmişe etkili bulunduğu esastan hareket edilmek gerekmektedir²⁵⁹.

²⁵⁸ Dönmezer/Erman 218.

²⁵⁹ Dönmezer/Erman 218.

3.6.11. Zamanaşımı Yönünden

Belli bir sürenin geçmesinden sonra artık hukuki işlem yapılmaması halinde zamanaşımı söz konusudur. Ceza hukukunda iki tür zamanaşımı mevcuttur. Bunlar dava ve ceza zamanaşımıdır. Suçun işlenmesinden sonra belli bir süre içinde dava açılmasını öngörülmesi halinde artık davanın açılmaması halinde dava zamanaşımı, mahkumiyet hükmünün belli bir süre içinde yerine getirilmemesi halinde, artık bir daha yerine getirilmemesi halinde ceza zamanaşımı söz konusu olur²⁶⁰.

Doktrinde zamanaşımının ceza koğuşturmasına engel teşkil etmesi dolayısıyla ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğu, bu nedenle zamanaşımına ilişkin yeni kanunun derhal uygulanarak daha önce işlenen suçlara da uygulanacakları iddia edilmişse de zamanaşımı devlet ile fert arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren Maddi Ceza hukukuna ilişkin bir kurumdur. Bu nedenle yeni kanunun öngördüğü zamanaşımı süresi failin lehine ise geçmişte işlenmiş suçlara uygulanır. Aleyhte ise yürürlüğe girdiği günden itibaren işlenen suçlara uygulanır. Mesela suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre zamanaşımı süresi 15 yıl, daha sonra çıkan kanuna göre 10 yıl olsun. Bu durumda eski kanun zamanında işlenen suça yeni kanun uygulanacaktır. Süre yirmi yıl olsaydı yeni kanun uygulanmayacaktı²⁶¹.

ETCK ve bu Yasa'nın yürürlük kanunu olan 825 sayılı Ceza Kanunu'nun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanun yürürlükte olduğu dönemde, zamanaşımı kurallarının geçmişte etkili olup olmayacağı hususunda hüküm bulunmakta idi. Mer'iyet Kanunu'nun 22. maddesine göre, zamanaşımı konusunda eski ve yeni ceza normları müddeti bakımından farklılık olduğunda, failin lehine olan kanun tatbik olunur. Ancak, zamanaşımının durması veya kesilmesi konusunda her halükarda yeni kanun tatbik edilirdi. Şu an için, gerek 5237 sayılı Ceza Kanunu'nda ve gerekse 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da bu konuyla ilgili hüküm olmaması, yeni dava ve ceza zamanaşımı kurallarının derhal uygulanacağı şeklinde değerlendirilmemelidir. Ceza Kanunu'nun 66 ile 72.

²⁶⁰ Soyaslan 113.

²⁶¹ Soyaslan 113.

maddeleri arasında düzenlenen dava ve ceza zamanaşımı kuralları maddi ceza hukuku normlarından kabul edilerek, bu konuda istisnai bir hüküm koymayan Kanunun 7. maddesi dikkate alınmalı ve "lehe olan kanun geçmişe uygulanır" prensibi zamanaşımı kuralları açısından da uygulanmalıdır²⁶².

3.6.12. Mahkemelerin Görev Ve Yetkilerine İlişkin Kanunlar

Mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin esaslarda değişiklik iki şekilde meydana gelir. Birincisi kanun koyucu adli teşkilatı değiştirir ve yeni esaslara bağlar. Bu tür kanunlar kamu hukukuna ve kamu düzenine ilişkindir ve yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren derhal uygulanırlar. Bu itibarla meselâ ağır ceza mahkemelerinde görülmekte olan bazı dâvaları yeniden kurulan özel veya istisnai mahkemelerin yetkisi için sokan bir kanunun görülmekte olan davalara, hangi safhada olurlarsa olsunlar, derhal uygulanması gerekir. İkincisi adli teşkilatı değiştirmeksizin sadece mahkemelerin görev ve yetkileri konularında değişiklik yapan kanunların prensip olarak yetki ve göreve dair kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren derhal uygulanırlar. Böylece esas mahkemesi tarafından yargılanıp beraat ettirilen kişi hakkındaki hüküm, Yargıtay'ca bozulacak olursa, bozma üzerine yeni merci huzurunda davaya devam edilecektir. Bu çözüm yolu, yeni merci huzurunda bütün usulü işlemlerin tekrarlanmasını önleme bakımından üstün sayılmak gerekir²⁶³.

Ancak CMK 4. maddesine göre mahkeme yargılamanın her aşamasında görevli bulunup bulunmadığını resen araştıracaktır. 6. madde gereğince duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bAİHSle alt dereceli görevli mahkemeye görevsizlik kararı verilemeyecektir. Kanunkoyucu üst dereceli mahkemede yargılamanın daha güvenli olacağı görüşünden hareket ederek bu düzenlemeyi getirmiştir. Ancak yargılama konusu olan suç daha üst mahkemenin görevine giriyorsa yargılama sürecinin her aşamasında görevsizlik kararı verilerek üst mahkemeye gönderilebilecektir.

²⁶² Şen 34; Dönmezer/Erman 221.

²⁶³ Dönmezer/Erman 222.

Y.C.G.K. Mahkemelerin görevlerini ilgilendiren yasa değişiklikleri usule ve kamu düzenine ilişkindir. Bunların geriye yürümesini engelleyici bir hüküm yoktur²⁶⁴ şeklinde içtihatla bulunmuştur.

3.6.13. Mahkeme İctihatlarının Geçmişe Yürüyüp Yürümeyeceği Sorunu

Geriye yürüme yasağı sadece yasalar için öngörölmüştür. Bu nedenle mahkeme içtihatları bakımından böyle bir yasak söz konusu değildir. Zira içtihat yaratan karar aleyhe sonuca kıyasla değil, yorum yaparak ulaşmıştır. Ancak buradaki içtihadın İ.B.K. olmadığı ve doğrudan uygulanma zorunluluğu bulunmadığı söylenmelidir. Ancak mahkeme içtihatları ancak halen görölmekte olan davalarda etkili olabilir. Yoksa kesinleşmiş hükümlerde bir sonuç doğurmaz.

3.6.14. İctihadı Birleştirme Kararlarının Geçmişe Yürüyüp Yürümeyeceği Sorunu

İ.B.K'nın lehte değişmesi geçmişe etkili olmaz. Y.İ.B.B.G.K. 1949 yılında verdiği bir kararıyla "... daha önce yerleşik bir surette uygulanan içtihatlar uyarınca kesin hüküm teşkil eden kararlar hakkında karar düzeltme yoluna gidilemez" demek suretiyle İ.B.K'daki lehte değişikliklerin geçmişe etkili olmasını kabul etmemiştir. Öğretideki baskın görüşe göre bu düşünce yerinde değildir. İ.B.K'daki lehte değişikliğin geçmişe yürümesi gerekir. YTCK'nın bu konuda suskun kalması öğretideki bu görüşü benimsemediği şeklinde yorumlanabilir.

İctihat teşkil eden mahkeme kararlarının, özellikle içtihat birliği sağlayan, İBK, kanun hükmü değerinde hukuk kaynağı oluşturduğu düşünülürse, bu surette içtihat yolundan ortaya çıkan aleyhteki durumun da geçmişte yer alan fiil ve hareketlere uygulanmaması gerekir(Mahkeme, Kom.K.X/ Avusturya, 12.03.1981, no. 8490/79, DR 22, s. 142; X. Ltd et Y/İngiltere, 7.5. 1982, no. 8710/79, DR 28 s. 87; Enkelmann/İsviçre, 4.3.1985, no.10505/83,DR 41, s.181)²⁶⁵. AİHM bu kararından İ.B.K. kanun hükmü değerinde hukuk kaynağı olduğu görölmektedir. Öyleyse kanunlara ilişkin ilkelerin İ.B.K. uygulanmasında bir engelin

²⁶⁴ Savaş/Mollamahmutoğlu 163.

²⁶⁵ Gözübüyük/Gölcüklü 328.

bulunmamaktadır. Burada doktrindeki gibi eğer İ.B.K. lehe düzenleme getiriyorsa henüz infazı bitmemiş durumlara uygulanmalıdır.

3.6.15. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geçmişe Yürüyüp Yürümeyeceği Sorunu

Anayasa Mahkemesi'nin birinci görevinin kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin ve TBMM içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemek olduğu bilinmekledir (Any. 148/1). "Anayasa mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkında" 29 sayılı ve 10.11.1983 tarihli kanun gereğince usulüne uygun olarak yapılan başvuru üzerine mahkeme iptal kararı verebilir. Ceza hükümlerini ihtiva eden kanunlar, böylece iptal edildiklerinde gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkarlar. Anayasanın 153. maddesinin 5. fıkrası gereğince "iptal kararları geriye yürümez". Söz konusu fıkra karşısında Anayasa mahkemesi kararlarının kesinleşmiş ceza mahkûmiyetleri üzerindeki etkisini saptamak gerekir. Anayasa mahkemesi kararları hakkında "derhal uygulama" esasının tatbiki zorunludur. Böylece iptal edilen kanun uyarınca verilmiş bulunan mahkûmiyet kararının sonuçları Anayasa mahkemesinin iptal kararının Resmî Gazete'de yayınlanmasına kadar kalacak ve fakat o tarihten itibaren bütün neticeler ortadan kalmış olacaktır. Nitekim 1982 Anayasasının 153. maddesinin 3. fıkrası "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar". Önemli olan husus iptal kararının failin aleyhine sonuç meydana getirebilecek nitelikte olmasıdır. Söz gelimi fail lehine bir hukuka uygunluk sebebi getirmiş olan bir kanunun iptali halinde olduğu gibi. Bu gibi hallerde Ceza Kanununun 2. maddesindeki esasların uygulaması gerekir²⁶⁶. Yani YTCK 7. maddesindeki esaslar uygulanacaktır.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceği bir Anayasa hükmüdür (m. 153/4). YCGK bir kararında, Anayasa Mahkemesi iptal kararının sadece henüz kesinleşmemiş davalarda uygulanacağını belirtmek suretiyle, geçmişe yürümeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Bunun

²⁶⁶ Dönmezer/Erman 226-227.

anlamı şudur: Anayasa mahkemesinin iptal kararı ile oluşan lehe durum kesinleşmiş hükümlere etki etmez. Ancak henüz muhakeme edilmemiş ya da muhakeme aşamasında kalmış olan fiiller bakımından failin lehine olan hükümler uygulanır.

Y.C.G.K. 04.10.1976 gün ve 277/389 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi iptal kararının, suç ne zaman işlenmiş olursa olsun, henüz kesinleşmemiş davalarda göz önünde tutulması gerekir şeklinde karar vermiştir²⁶⁷.

3.6.16. Yabancı Kanunların Göz önünde Bulundurulması

YTCK 19 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde mülga ETCK 10a maddesinde olduğu gibi, bir Türk vatandaşının veya yabancıların yabancı ülkede bir suç işleyip de Türkiye’de yargılanması durumunda, failin lehine olan yabancı veya Türk Mevzuatının göz önünde bulundurulmasını öngörmüştür. Hükümün amacı, yabancı ülkede işlenen suça, o ülkede uygulanabilecek cezadan daha çok cezanın hükmedilmesini önlemektir.

Bu düzenleme yabancı kanunun ülkede uygulanması anlamına gelmemektedir. Yalnızca verilecek ceza yönünden yabancı yasa göz önüne alınacaktır. Yurt dışında suç işlenen suçlardan dolayı Türkiye’de yargılaması yapılırken, suçun işlendiği ülke devletinin yasalarını uygulamak egemenlik haklarına aykırıdır. Türkiye’de yapılan yargılamada Türk Yasaları uygulanacaktır. Ancak verilecek ceza yönünden 19. madde hükmü dikkate alınarak Türk Yasalarına göre verilecek ceza, suçun işlendiği ülke yasasında öngörülen cezanın üst sınırını geçemeyecektir. Dikkat edilmesi gereken Türk Yasaları uygulanarak ceza belirlenecek, bu ceza suçun işlendiği ülkenin yasasında öngörülenden az ise bu ceza, fazla ise suçun işlendiği ülkenin yasasının öngördüğü sınıra indirilerek hükmedilecektir²⁶⁸. Ancak yabancı bir ülkede işlenen suç Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak işlenirse ve yahut Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisine karşı işlenmesi durumunda 19. madde hükmü uygulanmayacaktır.

²⁶⁷ Savaş/Mollamahmutoğlu 161.

²⁶⁸ Bakıcı 258.

YCGK 25.05.1999 gün ve 62/130 sayılı kararında ETCK 10/a maddesi ile uygulama yaparken yabancı ülke yasası göz önüne alınacak ancak doğrudan uygulama yapılmayacaktır. Doğrudan uygulama yapmak ülkenin hükümlerlik haklarından vazgeçme sonucunu doğuracaktır. Oysa hâkim ulusal hukuka göre uygulama yapacak, sonuç cezayı belirleyeceği, hangi yasadaki ceza miktarı lehe ise onu dikkate alacağını, feri cezaların araştırılmasına gerek olmadığına, somut olayda da mahkemenin Fransız Ceza Yasasında ETCK 31, 33 maddesinin karşılığının bulunmasını araştırmaya gerek bulunmadığını, bunun ceza mahkûmiyetinin karşılığı olduğuna hükmetmiştir²⁶⁹. YTCCK bu tartışmaları kaldırarak yabancı devlet yasasında öngörülen cezanın üst sınırını dikkate almıştır.

3.6.17. Suçun İşlendiği Zaman

Kanunların zaman bakımından uygulanması, suçun ne zaman işlendiği sorusunu gündeme getirir. Çünkü suç ne zaman işlenmişse o tarihteki kanuna göre işlemler yapılacak veya lehe ya da aleyhe değerlendirme yapılacaksa suçun işlendiği zaman dikkate alınacaktır.

Bu konuda ani suçlar bakımından genel olarak güçlük çıkmaz; çünkü bu gibi suçlarda hareket ile sonuç aynı zamanda meydana gelmiş bulunacağı için, suçun işlenme zamanını tayinde zorluk çekilmez. Ancak suçun hareket unsurunun yapılmasından kısa veya uzun bir süre geçtikten sonra sonuç meydana geldiği hallerde, suçun ne zaman işlenmiş sayılacağına tâyini bir problemdir. Suçun tamamlanması için sonucun meydana gelmesini kanun şart saydığı suçlarda, suç sonucun meydana geldiği anda işlenmiş sayılır. Neticesi harekete bitişik suçlarda ise, hareket yapıldığı anda suç işlenmiştir. Bunun gibi, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda hareketle birlikte suçta işlenmiş sayılmak gerekir. Şu halde suçun işlendiği ân bu gibi fiillerde hareketin yapıldığı ândır. Mütemadi, müteselsil ve itiyadı suçlarda ise, suçun temadi ve teselsülün sona erdiği ve itiyadı suçu teşkil eden sonuncu hareketin yapıldığı ânda işlenmiş bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak belirtelim ki, bu görüşün sakıncası olarak, yapıldığı sırada suç teşkil etmeyen bir hareketin, sonucun gerçekleştiği ânda kanunkoyucu tarafından suç haline getirilmesi halinde, suç da o

²⁶⁹ Bakıcı 258.

sırada işlenmiş sayılacağından, evvelce yapılan hareket dolayısıyla failin cezalandırılması sonucunu doğuracağı ileri sürülmektedir. Böyle bir itiraz söz konusu olmamak gerekir. Çünkü fiilin suç olabilmesi için, her safhasında (hareket ve netice) kanun tarafından cezalandırılmış bulunması gerekir. Hareketin yapılması sırasında suç sayılmayan fiil, ilerde sonuç meydana gelirken cezalandırılır hale girerse, faile yine ceza verilemez. Çünkü, bütünü ile cezalandırılan bir fiil değildir²⁷⁰. O halde doğru olan görüş hareketin yapıldığı anda suçu işlenmiş saymak ve o anda yürürlükte olan kanunu uygulamaktır. Esasen doktrinde çoğunluk bu görüşü kabul etmektedir. Suçun önemli anı kişinin topluma isyan ettiği andır. Sadece o an için Ceza normunun korkutuculuğu sözkonusu olur. Bu nedenle hareketin yapıldığı andaki norma itibar edilmelidir. Öte yandan tanıklar ve suçun diğer bulguları da hareketin yapıldığı yerdedir. Eğer hareket bölünebiliyor ve birbirini izliyorsa ikinci ve neticeye yakın olan hareketin yapıldığı zamanda suçu işlenmiş saymak gerekir. Çünkü netice de ikinci hareketin yapıldığı anda meydana gelmiş olup hatta ikinci kanun failin aleyhine de olsa bu kanun uygulanmalıdır²⁷¹.

Bu konuda tekerrür üzerinde de durmak gerekir. Tekerrür şartlarını değiştiren bir kanun yürürlüğe girdiğinde, eski kanun rejiminde işlenmiş olan suçtan mahkûmiyet, yeni kanuna göre tekerrür hükümlerinin uygulanmasına, esas olur mu? Fransa'da bazı yazarlar, tekerrür hususunda yeni kanunun uygulanmasının, eski mahkûmiyetlere, o zamana kadar sahip bulunmadıkları bir netice bağlamış olacağını ve dolayısıyla bu çeşit bir uygulamanın yerinde olmayacağını öne sürmüşlerdir. Buna karşılık diğer bir kısım Fransız mahkeme içtihatları ve doktrini, bu suale olumlu cevap vermektedir. Yeni kanun, bir tehlike halini karşılamaktadır. Ayrıca suçlu yeni kanunun yürürlüğe girmesi ile, yeni bir suç işlendiğinde ne gibi sonuçların meydana geleceğini bilmekte idi. Yeni suçu işlemez ve böylece meydana gelecek ağır sonuçlara da mâruz kalmazdı. Ayrıca, tekerrür ikinci suçun cezasının arttırılmasını gerektiren bir sebeptir. Şu halde tekerrür hükümlerinin uygulanmasında geçmişe yönelmeden söz edilemez²⁷².

²⁷⁰ Dönmezer/Erman 224.

²⁷¹ Soyaslan 108; Toroslu 69.

²⁷² Dönmezer/Erman 225.

İhmali Suç, belli anda yapılması gereken davranışın yapılmaması suretiyle meydana gelen suçtur. İhmali Suçlar, failin yapması gereken davranışı yapmadığı anda işlenmiş sayılır.

Kesintisiz (mütemadi) suç, neticenin hemen sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suçtur. Bu suçlar temadinin sona erdiği (kesintinin gerçekleştiği) anda işlenmiş sayılır ve bu suçlar hakkında o anda yürürlükte olan yasa uygulanır. Zincirleme (müteselsil) suç ise kanunun aynı hükmünün aynı suç işleme kararıyla birden fazla ihlali anlamına gelir ve bu suçlarda da suçun işlendiği zaman teselsülün sona erdiği zamandır.

Sorun, fiilin iki kanundan birinin yürürlükte olduğu sırada başlayıp bitmiş olması durumunda değil, bir kısmının bu kanunlardan biri, bir kısmının da diğeri yürürlükteyken işlenmiş olması durumunda kendini gösterir. Böyle bir durum, hareketin parçalara bölündüğü suçlar(örneğin küçük tozlarda yavaş yavaş zehirlenme) veya sonucun hareketten bir süre sonra ortaya çıktığı, sonucu gecikmiş suçlar(örneğin trafik kazasından aylar sonra gerçekleşen ölüm, postada uzun bir gecikmeyle varan patlayıcı paketin sebep olduğu ölüm veya yaralama gibi) yahut kesintisiz (mütemadi) ve itiyadî suçlar gibi zaman içerisinde devam eden suçlar yönünden gerçekleşebilir²⁷³.

İtiyadî suçlar müteaddit hareketlerden ibarettir ve söz konusu hareketler belirli bir sayıya erişince, fiil cezalandırılır. Bu böyle olunca, daha önce suç teşkil etmediği için yapılan fiilleri, yeni kanun, itiyadî bir suç haline getirmiş ise, itiyadî suç yeni kanundan sonra itiyadî teşkil edecek sayıda hareketin yapılması ile oluşur ve daha önce yapılmış olan hareketler hesaba katılmaz. Aksi takdirde failin aleyhinde olan kanun geçmişe yöneltmiş olur²⁷⁴. ETCK zamanında itiyadî suçlar birkaç kez (en az 3 kez) tekrarlanması gereken suç olarak tanımlanmaktaydı. YTCK 6 ncı maddenin h bendi ise itiyadî suçluyu tanımlamaktadır. Buna göre, itiyadî suçlu kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişidir. Bu tanım

²⁷³ Toroslu 67.

²⁷⁴ Dönmezer/Erman 224.

itiyadi suçun tanımını da değiştirmiştir. Buna göre itiyadi suç, kasıtlı bir suçun temel şeklinin ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şeklinin bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikinden fazla işlenmesidir. O halde itiyadi suç en az  kez tekrarlanması gereken suçtur. Buna göre bu suçlarda uygulanacak yasa itiyadi oluşturan son eylemin işlendiği tarihte yürürlükte olan yasadır. Bu yasa daha ağır olsa bile uygulanmalıdır.

Bu konuda kanunun susması karşısında, doktrinde sadece kanunların birbirini izlemesi yönünden değil, aynı zamanda zamanaşımı, af, isnat edilebilirlik, manevî unsur gibi suçun işlendiği zamanla ilgili bütün konularda geçerli olmak üzere çeşitli ölçütler ileri srlmştir. Bunların birincisi davranış ölçütüdür. Buna göre suç, hareketin veya ihmalin yapıldığı anda işlenmiş sayılır. İkincisi sonuç ölçütü veya daha doğru olarak kanunî tipin tamamlanması ölçütüdür. Bu ölçüte göre suç, kanunî tipin "son unsurunun, yani sonucu olan suçlarda sonucun, sırf davranış suçlarında ise davranışı tamamlayan son faaliyetin gerçekleştiği anda işlenmiş sayılır. Üçüncüsü ise, karma ölçüttür. Bu lt, suçlunun daha lehine olmasına göre davranışın yapıldığı veya sonucun gerçekleştiği anı esas almaktadır²⁷⁵.

Suçun işlendiği zamanla ilgisi bulunan çeşitli kurumlar bazen farklı gereklere sahip olduklarından, suçun işlendiği zaman sorunu yeknesak bir biçimde, yani ilgili bütün kurumlar için aynı biçimde değil, aksine her bir kurumun özel amacına ve gereklerine göre çözümlenmelidir. Bu nedenle konu kanunların birbirini izlemesi açısından ele alındığında, hâkim doktrin, gerek sonuç ölçütünü gerek karma ölçütü reddetmekte ve davranış ölçütünü esas almaktadır. nemli olan davranışın gerçekleştirildiği andır. Gerçekten de, failin hukuka karşı çıktığı ve hukukun korkutucu etkisini gösterebileceği an davranışın gerçekleştirildiği andır. O halde suç bu anda işlenmiş sayılmalı ve fail davranışı gerçekleştirdiği sırada yürürlükte bulunan kanuna göre beklediğinden daha ağır sonuçlara tabi tutulmamalıdır²⁷⁶.

²⁷⁵ Toroslu 68.

²⁷⁶ Toroslu 69.

4. İlkeye İlişkin Yargı Kararları

4.1. Kanunilik İlkesine İlişkin AİHM İçtihatları

AİHM İngiltere'ye karşı 22.11.1995 tarihli S.W. ve C.R. kararında hukuk devletinin önemli bir unsuru olan AİHS m. 7 içerdiği garantinin, Sözleşmede öngörülen koruma sisteminde önemli bir yer tuttuğunu, AİHS m. 15'te savaş veya herhangi bir olağanüstü durumun bile bu ilkeden sapmayı haklı kılmayacağını belirtmiş olmasının da bunu açıkça gösterdiğini vurgulamıştır. Bu ilkenin amacından ve hedefinden de ortaya çıktığı üzere bu garanti keyfi ceza kovuşturmasına, mahkûmiyete ve cezalandırmaya karşı etkili bir koruma sağlayacak biçimde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır²⁷⁷.

Kanun açıkça öngördüğü haller dışında, yargılama usulüne dair kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihte devam etmekte olan davalara hemen uygulanırlar. Yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden olan bu kural sonucu Mahkeme, görülmekte olan bir davada suç anındaki kanun uyarınca zamanaşımına uğramamış olan suçlara bu dava sırasında yürürlüğe giren ve zamanaşımı uzatan kanun hükmünün uygulanmış olmasını kanunsuz suç olmaz ilkenin ihlali olarak görmemiştir. Mahkemeye göre sanıklar işledikleri zaman yasal olarak suç sayılan fiiller nedeniyle cezalandırıldıkları gibi, kendilerine uygulanan ceza da suç anındaki kanunun öngörmüş olduğu cezadan daha ağır değildir ve sonraki kanun yüzünden daha ağır cezaya maruz kalınmamıştır (Coeme/Belçika, Mazy/Belçika, Stalport/Belçika, Hermanus/Belçika, Javeau/Belçika, 22.06.2000)²⁷⁸

AİHM, Adomson'un İngiltere aleyhine yaptığı başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Somut davada, şikayetçi, işlediği cinsel bir suç dolayısıyla 1995'de 5 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Ceza infaz edilirken, 1997'de kabul edilen Cinsel Suç Failleri Kanunu, bu tür suç işleyenleri, tahliyelerinden sonra belirsiz bir süre

²⁷⁷ Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok 166.

²⁷⁸ Gözübüyük/Gölcüklü 326.

polise kayıtlarını yaptırmakla yükümlü tutmuştur. Başvuran, kendisinin de bu kanuna tabi tutularak yeniden cezalandırılması ihtimalinin Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkemeye göre, sözkonusu önlem bir ceza değil, ondan bağımsız bir tedbirdir. Somut olayda şikayetçinin mahkumiyeti ile bu tür bir önlem arasında makul bir bağ olduğu için, sonradan cezanın infazı sırasında kabul edilmiş olsa da, kendisinin de anılan kanuna tabi olması gereklidir²⁷⁹.

AIHM, Fransa'ya karşı 27.11.1995 tarihli G.Kararında, AIHS m.7'nin yalnızca aleyhe olan ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanmasını yasakladığını vurgulamıştır. Buna karşılık sonradan yürürlüğe giren kanun failin lehine ise, bu kanunun geriye etkili olarak uygulanması Sözleşmenin 7/1. maddesine aykırı değildir²⁸⁰. Olayda, şikayetçi uyuşturucu madde kaçakçılığında dolayı Fransız Mahkemelerince 8 yıl hapis ve para cezasına mahkum edilmiştir. Suçun işlendiği zamandaki mevzuata göre para cezasının ödenmemesi halinde, verilecek hapis cezası 4 ayı geçmemektedir. Somut olayda ise şikayetçi para cezasının ödeyememiş ve sonradan çıkan kanun hükümleri uyarınca 2 yıl hapse mahkum edilmiştir. Komisyon, ceza kanunlarının geriye yürütülemeyeceği ilkesine aykırı olan bu uygulamanın Sözleşmenin 7. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir²⁸¹.

Streletz, Kessler ve Kerenz/ Almanya(22.03.2001 tarihli karar) davalarında üst düzey yönetici davacılar ve ordu mensubu öteki kişiler(Doğu Almanya sınır muhafız görevlisi) kendilerinin iki Almanya'nın birleşmesinden sonra kasten adam öldürme suçlaması ile cezalandırılmaların sözleşmenin 7. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Zira davacılar göre suçlandıkları fiillerin işlenme anında yürürlükte olan polis vazifeleri hakkındaki kanun sınırların korunmasına dair kanun uyarınca meşru sayılan yani ika anında suç teşkil etmeyen fiillerdir. Mahkeme iddiayı fiili ve hukuki düzeyde Doğu Almanya Anayasa'sının hayat hakkı, ceza kanununun ilgili hükümleri ve uluslar arası hukuk ilkeleri açısından Sözleşmenin 7. maddesi kapsamında incelemiştir. Mahkeme davacıların itham oldukları fiillerin, işlenme tarihinde suç teşkil ettiğini tereddütsüz ve kolayca öğrenebilecek durumda bulunmaları, üstelik devletin yararı gereği mülahazasının hayat hakkı bağlamında

²⁷⁹ Ünal 211.

²⁸⁰ Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok 166.

²⁸¹ Ünal 210.

makûl bir sınırlamaya tabi tutulması lüzumu(kuvvete başvurmanın ölçülülüğü) gerekçesiyle kanunsuz suç olmaz hükmünün çiğnenmediğine karar vermiştir²⁸². Gerçekten de mahkeme bu kararı ile hukuk devletin sınırlarını temel hak ve özgürlüklerden yana genişletmiştir. Aksinin kabulü halinde devlet menfaati altında kişilerin özgürlüklerin ağır şekilde ihlale maruz kalacağı, kime kamu görevlilerinin hukuksuz eylemlerine karşı devletin üstün menfaatleri altında kılıf bulmasının yolu kapanmıştır²⁸³.

Kanunilik ilkesine ilişkin bazı davalarda Türkiye aslında AİHS 7. maddeden mahkum olmayacakken mahkum olmuştur. Bilindiği gibi ceza hukukunda kıyas yasaktır. Fakat bu yasağın, şüpheli veya sanık aleyhine suç ve ceza yasağı şeklinde anlaşılması gerekir. Ama şüpheli veya sanık lehine kıyas veya geniş yorum yapılabilmelidir. Gerçekten, AİHM, verilecek cezanın demokratik toplum gereklerine uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Eğer verilecek cezanın demokratik toplum gereklerine uygun olması için sanık lehine kıyas veya genişletici yorum gerekiyorsa, bunu yapmamanın sebebi yoktur. Örneğin Yargıtay, özellikle 9. Ceza Dairesi, kitap basan editörün sorumluluğu ile ilgili ilk kararında TMK (eski) sekizinci maddesinde süreli yayınları yazı işleri müdürleri için kabul edilen düzenlemenin daha lehe olduğunu görmüştü. Böylece bazı gerekçeli kararlarında eski Basın kanununda bu fiillerin daha ağır cezalandırıldığını dikkate alarak, editörün sorumluluğu bakımından TMK 8. maddesinde süreli yayınların yazı işleri müdürleri için kabul edilen lehe düzenlemeyi esas almış ve editörlere daha ağır ceza vermemek istemişti. Ama bu gerekçeyi bir süre sonra mahkeme kararlarını koymak yerine, sanki TMK'nın 7. maddesi editörlere de yer vermiş gibi bu kişilere otomatik olarak bu maddeyi uygulamaya başlayınca 08.07.1999 tarihli Başkaya-Okçuoğlu kararından itibaren Türkiye, AİHS 7. maddeden mahkum olmaya başlamıştır. Oysa ilk derece mahkemesi ve Yargıtay, suçun oluşması halinde önce eski Basın kanundaki bu fiilin cezasını belirleyip, ardından TMK'nun 8.maddesindeki editörlere benzer konumda olan süreli yayınların yazı işleri müdürleri için kabul edilen düzenlemeyi dikkate alarak, verilecek cezanın demokratik toplum gereklerine uygun olması için sanık lehine kıyas veya geniş yorum yapmak suretiyle cezayı 8. madde düzeyine

²⁸² Gözübüyük/Gölcüklü 326.

²⁸³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (TC Adalet Başkanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı İzmir 2003) 221.

indirdiğini söylese ya da eşitlik ilkesini bozduğu gerekçesi ile konuyu anayasa mahkemesine götürseydi, Türkiye 7. maddenin ihlalden mahkûm olmazdı²⁸⁴.

Kemal Yanaşık/Türkiye davasında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ulusal hukukta suç sayılan veya ihmâl nedeniyle hükmolunan mahkumiyetler bakımındandır. Bir disiplin kovuşturması sonucu bir öğrencinin askeri okuldan kaydının silinmesi bu madde anlamında bir suçtan mahkûmiyet oluşturmaz (06.01.1993, no. 14524/89)²⁸⁵.

Zeynep Tosun Türkiye Davasında(Başvuru no: 4124/02) Başvuran Zeynep Tosun Türk vatandaşı olup İstanbul'da ikamet ettiğini, 9 Haziran 1999'dan 2 Temmuz 1999'a kadar Özgür Bakış gazetesinin yazı işleri müdürlüğünü yaptığını, 21 Haziran 1999 tarihinde Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine ve 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM), Özgür Bakış gazetesinin 21 Haziran 1999 tarihli 65. sayısının, 6. sayfada yayımlanan "PKK başkanlık konseyi üyesi Cemil Bayık: Türkiye'de çoğunluk çözümünden yana" başlıklı makale nedeniyle toplatılmasına karar verdiğini, 21 Haziran 1999 tarihinde düzenlenen tutanağa göre, sözkonusu gazetenin 18.237 nüshası çoktan dağıtıma girmiş olduğundan, hiçbir nüsha toplanamadığını, İstanbul DGM 25 Kasım 1999 tarihli bir kararla, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesi ve 6. maddesinin 2 fıkrası ile Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca, sözkonusu gazetenin yazı işleri müdürü sıfatıyla başvuranı, dava konusu makaleyi yayımlamaktan dolayı dört yıl altı ay hapis cezasına mahkum ettiğini, ardından 5680 sayılı Kanun'un 16. maddesi gereğince hapis cezası 8.200.000 TL para cezasına çevrildiğini, son olarak 5680 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sözkonusu gazetenin üç gün süreyle yayınlanması yasaklandığını belirtmiştir. Başvuran AİHS'nin 7. maddesine gönderme yaparak kendi izniyle yayımlanan fakat kendisine ait olmayan bir makale nedeniyle mahkum edildiğini belirterek, yalnızca makalenin yazarlarının yazıların içeriğinden sorumlu olduğunu ve herhangi bir suç durumunda, yalnızca bunlar hakkında adli işlem yapılabileceğini ileri sürmektedir. Başvuran yalnızca makalenin yazarlarının içerikten sorumlu olduğunu ve durumunda yalnızca yazarlar hakkında takibat yapılabileceğini, oysa

²⁸⁴ Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok 167

²⁸⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, 328.

mevcut davada kendisinin yalnızca dava konusu makalenin yayımlanmasına izin verdiğini ileri sürmekte ve AİHS'nin 7. maddesine atıfta bulunmaktadır. AİHM mevcut davada, başvuranın, Özgür Bakış gazetesinin yazı işleri müdürü sıfatıyla hakkında yapılan suçlamalardan, TCK'nın 169. maddesine dayanılarak mahkum edildiğini tespit etmiştir. Belirtilen yasanın hükümleri, AİHS'nin 7. maddesinde öngörülen suç ve cezaların yasallığı ilkesine uygun olarak, dava konusu makalenin yayımlanmasından önce de yürürlükteydi (voir, a contrario, Ecer ve Zeyrek- Türkiye, no 29295/95 ve 29363/95, §§ 34-35, CEDH 2001-II). Sonuç olarak sözkonusu şikayet açıkça dayanaktan yoksun olduğundan, AİHS'nin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına uyarınca reddetmiştir²⁸⁶.

Ecer ve Zeyrek/Türkiye davasında şikayetçiler, savcılık iddianamesi ve mahkumiyet kararlarında 1988-1989 yıllarında işlenmiş olduğu ileri sürülen suçlara (PKK mensubu teröristlere yardım ve onları barındırma) 1991 tarihli TMK uygulanmasının sözleşmenin 7. maddesine aykırı bulunduğunu iddia edilmiştir. Hükümet eylemlerin 1993 yılına kadar temadi ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme gerek savcılık iddianamesinde, gerek mahkumiyet kararlarında sadece 1988 ve 1989 işlenen suçlardan söz edildiği, 1988-89 yıllarının başlangıç tarihi olarak belirtilmediği, sanıklarında savunmalarını, iddianamelerde işaret olunan tarihlerdeki suçlar düzeyinde yaptıkları gerekçesi ile bu tarihten sonra yürürlüğe giren 1991 tarihli TMK'nun kendilerine uygulanmalarını sözleşmenin 7. maddesine aykırı bulmuştur (27.02.2001 tarihli)²⁸⁷.

Ünsal Öztürk – Türkiye davasında, Başvuran, özellikle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 ve 10. maddeleri ve 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, bazı kitapları yayımlayarak bölücü propaganda yaymaktan kaynaklanan birbirini izleyen mahkûmiyetlerinin ve cezalarının, iç hukuk uyarınca öngörülemeyen olduğunu ve ifade özgürlüğü hakkı ve mülkiyet hakkının ihlaline vardığını iddia etmiştir. Ankara'da ikamet etmekte olan başvuran, Türkiye'de çok sayıda kitap yayınlamış küçük bağımsız bir kuruluş olan Yurt Kitap-Yayın yayınevinin sahibidir. Başvuran, 1991 ve 1994 yılları arasında, çeşitli Devlet Güvenlik Mahkemeleri tarafından Devlet'in bölünmez birliği aleyhine propaganda oluşturduğuna karar verilen bazı kitaplar

²⁸⁶ [Http://www.Yargitay.gov.tr](http://www.Yargitay.gov.tr). 10.06.2007

²⁸⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, 328.

yayınlanmış olmaktan muhtelif cezai takibatlara maruz kalmıştır. Sonuç olarak, başvuran, çoğunluk davada, Terörle Mücadele Yasası (3712 No.'lu Kanun) uyarınca mahkum edilmiş ve para cezasıyla birlikte altı aydan iki yıla kadar değişen sürelerle hapis cezasına çarptırılmıştır. 27 Ekim 1995 tarihindeki Terörle Mücadele Yasası değişikliklerinden sonra, başvuran aleyhindeki işlemler yeniden açılmış ve başvuranın, aksi halde tamamlanmamış olan, cezaları para cezalarına dönüştürülmüştür. 12 Temmuz 1997 tarihinden önce editörler tarafından işlenen suçlara ilişkin hükümlerin ve mahkeme kararlarının ifasının ertelenmesi üzerine olan 4304 No.'lu Kanun'un 4 Ağustos 1997 tarihinde yürürlüğe girmesine müteakiben, başvuran aleyhindeki devam eden cezai işlemler askıya alınmıştır. Kitapların çoğunluğu toplatılmıştır. Bütün olarak, başvuran, toplam yirmi gün, beş ay, bir yıllık hapis cezası çekmiş ve 5.121 Euro karşılığı para cezası ödemiştir. Cezaevinde toplam bir yıl, beş ay ve yirmi gün kalmış olduğunu belirtmiştir. AİHM sözkonusu tarihte yürürlükte olan ilgili iç hukuk ve uygulaması, aşağıda kaydedilen kararlarda belirtilmiştir: E.K./Türkiye (no. 28496/95, §§ 34-40, 7 Şubat 2002), Erdoğan/Türkiye (no. 25723/94, §§ 21-26, ECHR 2000-VI) ve Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye ([BD], no. 23536/94 ve 24408/94, §§ 25-27, ECHR 1999-IV). 3713 No.lu Kanun'un 8. maddesi, herhangi türde bir ayrımcı propagandayı yasaklamaktadır. Para cezası seviyelerini azaltırken 3713 No.lu Kanun'un 8. maddesi uyarınca verilen hapis cezalarının süresini azaltan 4126 No.lu Kanun tarafından 27 Ekim 1995 tarihinde düzeltilmiştir. 4126 No.lu Kanun ayrıca, 2. maddeyle ilgili geçici bir hükümde, 3713 No.lu Kanun'un 8. maddesi uyarınca verilen cezaların, otomatik olarak yeniden gözden geçirilmesini sağlamıştır. Başvuran, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8 § 2. maddesi (Kanun No. 3713), dergi yoluyla ayrımcı propaganda yapma suçuna karşılık hapis cezasının, yayınevi sahipleri veya yöneticilerine verilmesini öngördüğü halde, kendisinin kitaplar yoluyla ayrımcı propaganda yapmaktan suçlu bulunduğu ve hapis cezasına çarptırıldığı hususunda şikayette bulunmuştur. Kendi faaliyetleri nedeniyle hapis cezasının verilmesinin tahmin edilemez olduğunu ileri sürmüştür. İddiasını AİHS'nin 7 § 1. maddesine dayandırmıştır. AİHM, sözkonusu davada görülenlere benzer sorunların ortaya çıktığı birçok dava incelemiş ve bir yayıncı, 3713 No.lu Kanun'un 8 § 2. maddesi uyarınca bir kitap hususunda suçlu bulunup hapis cezasına çarptırıldığı zaman AİHS'nin 7. maddesinin ihlal edilmiş olduğu kararını vermiştir (bkz. Başkaya ve Okçuoğlu, §§ 42-43, ve E.K., §§ 55-56). Sözkonusu davada Hükümet, farklı bir karar verilmesine neden olacak deliller ya da görüşler

sunmamıştır. Yukarıda kaydedilenler ışığında AİHM, 3713 No.lu Kanun'un 8 § 2. maddesi uyarınca sözkonusu tarihte ve cezai takibatlarda başvuranın hapis cezasına çarptırılmasının, 7. maddede ortaya konan “nulla poena sine lege” ilkesine uymadığı kanısındadır²⁸⁸.

Anayasa'da garanti altına alınan(m. 38/1) yasallık ilkesi, aynı zamanda TCK'da düzenlenmiştir. Anılan ilkenin AİHM kararlarında dile getirdiği tüm garantilerin bizim iç hukukumuz bakımından da geçerli olduğu vurgulanmasına rağmen Ecer/Zeyrek kararında Anayasal ilkelere rağmen yürürlükte bulunmayan TMK'dan mahkûmiyet kararı verilmesi anlaşılabilir bir durum değildir²⁸⁹. Bu tür hataların önlenmesi için 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK ile iddianamenin iadesi müessesesi getirilmiştir (m. 174). Bu şekilde Cumhuriyet savcılarının daha dikkatli iddianame hazırlamalarını, mahkemelerinde bu şekilde hukuki hatalar içeren iddianameleri savcılıklara iade ederek kovuşturma aşamasına geçmemeleri gerekmektedir. Anayasanın 90 ıncı maddesi gereğince AİHS iç hukukun bir parçası olmuştur. Ulusal mahkemelere temyiz aşaması da dahil olmak üzere her aşamada bu düzenlemelerin ve AİHM içtihatlarını resen nazara almaları gerekmektedir. Bu şekilde hukuki hataların önüne geçilerek AİHM nezdinde daha az mahkûmiyet alınmasına neden olacaktır. Bu nedenle bu konularda fakülte yıllarından başlayarak eğitimler artırılmalıdır.

4.2. YTCK 2. Maddesi Yönünden Yargıtay Uygulamaları

Yargıtay 10.C.D. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı CvGTİHK.nun 122 maddesi ile CİK'in yürürlükten kaldırılmış olması ve aynı kanunun Adli Para Cezalarının İnfazı Başlıklı 106. maddesinde, süresinde ödenmeyen paralara ilişkin herhangi bir gecikme zammının öngörülmemesi karşısında, kanunsuz suç ve ceza olamaz ilkesi uyarınca, süresinde ödenmeyen para

²⁸⁸ [Http://www. Yargitay.gov.tr](http://www.Yargitay.gov.tr). 10.06.2007

²⁸⁹ Tezcan/ Erdem/Sancaktar s.222-223.

cezalarına gecikme zammı uygulaması olanağı bulunmadığına hükmetmiştir(12.10.2005-7435/12657)²⁹⁰.

Y.C.G.K. “LSD” adlı uyuşturucu maddenin ETCK 403. maddesinin 2. bendinde sayılan 4 uyuşturucu madde arasında yazılmadığından, bu bende sayılan uyuşturucu maddelerden çok daha tehlikeli ve sağlığa zararlı olduğu belirlense dahi, sanıklara ETCK’nın 403/2 maddesinden değil, 402/1. maddesinin uygulanması sureti ile ceza tayin edilmelidir (30.04.1973 gün ve 54/364 sayılı kararı)²⁹¹.

Yargıtay 7.C.D. 18.05.2005 günü yayınlanan 5349 sayılı 5252 sayılı kanununun 7. maddesi gereğince sanığın eyleminin idari para cezasına dönüştürüldüğü, 31.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 11/1. maddesine 15 yaşını doldurmamışlara idari para cezası verilemeyeceği hükmü dikkate alınarak lehe yasa gereğince 15 yaşından küçük sanığa idari para ceza verilmemesine, ödediği paranın iadesine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (25.05.2006-2358/9256 sayılı kararı)²⁹².

Yargıtay 6.C.D. sanığın müştekiye ait tapu kaydı dışında kalan dere yatağından hayvanlarına yedirmek için biçip götürdüğü otların hırsızlık suçunu oluşturmadığına karar vermiştir (06.06.1996 5425/6088 sayılı kararı)²⁹³.

Yargıtay 6.C.D. Suça konu aracın, olay tarihinde trafik sicilinde sanık adına kayıtlı olması karşısında, 2918 sayılı yasanın 20/1-3 maddesi uyarınca, Noterlerce yapılmayan araç devirlerinin geçersiz sayılacağından, hırsızlık suçunun oluşmadığına karar vermiştir (30.06.1998 gün 7111-7252 sayılı kararı)²⁹⁴.

Yargıtay 11. C.D. sanığın elektriği resmi olmasa da sayaçtan geçirmek suretiyle kullanıldığıının anlaşılması karşısında hırsızlık suçunun oluşmadığına ve

²⁹⁰ Bakıcı 25.

²⁹¹ Savaş/Mollamahmutoğlu 95.

²⁹² Bakıcı 25.

²⁹³ Şafak 27.

²⁹⁴ Şafak 38.

beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (25.09.2000 gün ve 3863/3898 sayılı kararı)²⁹⁵.

4.3. YTCK 7. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Uygulamaları

Y.C.G.K. 14.02.2006 gün, 13/16, 19/17 ve 21.02.2006 gün 16/20, 14/28 kararlarında ETCK sonuç ceza itibari ile sanıl lehine olduğunun saptanması halinde bu Yasanın 31 ve 33 üncü maddelerinin de blok olarak uygulanmasına karar vermiştir²⁹⁶.

Y.C.G.K. 20.02.1989 gün ve 7-4/57 sayılı kararında hem hapis ve hem de para cezası içeren bir yasa hükmü, miktarı ne olursa olsun yalnızca para cezasını içeren bir yasa hükmüne göre daha ağır niteliktedir²⁹⁷.

Yargıtay 6. CD. Somut olayda ETCK 491/ilk-son ve YTCK 141/1 maddesinin ayrı ayrı ve bir bütün olarak uygulanması sonucu, YTCK lehe olduğu ancak ETCK göre 7 yıl 6 aylık zaman aşımı süresi dolduğundan ETCK lehe kabul edilerek zamanaşımı nedeniyle davanın düşürülmesi gerekeceğine karar vermiştir (27.06.2005-6427/6296 sayılı kararı)²⁹⁸.

Y.C.G.K'nın 25.05.1999-10/133-142 sayılı kararı ile lehe kanunun uygulanmasında her iki yasanın lehe hükümlerinin alınarak uygulamayacağı karar vermiştir²⁹⁹.

Yargıtay 10 C.D. sanık hakkında ETCK 404/2 ve 59 maddeleri ile 10 ay hapsine karar vermiştir. YTCK 191 ve 62. maddeleri gereğince aynı ceza çıksa da, YTCK 191/5. maddesinde infazın ancak tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine

²⁹⁵ Şafak 64.

²⁹⁶ Bakıcı 59.

²⁹⁷ Savaş/Mollamahmutoğlu 152.

²⁹⁸ Bakıcı, 107.

²⁹⁹ Mustafa Artuç, Tahir Hırslı, Hüküm Kurma Esasları.(Ankara: Kartal Yayınevi, 2005) 302.

uymaması halinde sanık hakkında hapis cezası infaz edileceğinden YTCK sanığın lehine olduğuna karar vermiştir(06.10.2005-7434/11721 sayılı kararı)³⁰⁰.

Y.İ.B.K. 28.01.1974 gün ve 5/1 sayılı kararında 647 sayılı yasanın 19. maddesinin değiştirilmesinden önce cezaevinden kaçan ve üçte iki nisbette cezasını da çekmiş bulunan hükümlülerin şartla salıverilmeleri için sonradan getirilen beşte dört oranında ceza çekme hükmü uygulanamaz³⁰¹.

Yargıtay 11.C.D. 12.102.2004 günü RG yayımlanan YTCK 62. maddesinde indirim oranı 1/5 olarak düzenlenmiş, 31.03.2005 gün ve 5328 sayılı yasa ile aynı madde de yer alan indirim oranı 1/6 olarak değiştirilmiş, YTCK 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği gözetilmeden, yürürlüğe girmemesi nedeniyle uygulama imkanı bulunmayan yasa gözetilerek 62 madde ile 1/5 oranında indirim yapılmasını yasaya aykırı bulunmuştur(02.03.2006-2005/11930-2006/1482 sayılı kararı)³⁰².

Y.C.G.K. 15.12.1980 gün ve 339/430 sayılı kararında Ceza Yasasının (ETCK) 2/2 maddesi iki yasanın birlikte tatbikini kabul etmemiş, daha ziyade lehe hüküm taşıyanın uygulanmasını öngörmüştür³⁰³.

Yargıtay 9. C.D. 27.06.2006-1807/3708 sayılı kararı ile ETCK 455/2 maddesinde düzenlenen suçun yeni TCK 85/2 maddesi kapsamında kaldığı ve 5252 sayılı 9/3 gereğince lehe yasa incelemesi yapması görevinin Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girdiğinden, görevsizlik kararı verilmemesini yasaya aykırı bulmuştur (Asliye ceza mahkemesinin lehe yasa değerlendirilmesi yapması üzerine eski yasanın sanığın lehine olduğuna karar vermesi üzeri)³⁰⁴.

Yargıtay 5. C.D. 15.08.2006-7749/6741 sayılı kararında sanığa isnat edilen suçun YTCK 104 ve 73/8 maddesi gereğince uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu nazara alınarak öncelikli olarak uzlaşma

³⁰⁰ Bakıcı 112.

³⁰¹ Savaş/Mollamahmutoğlu 119.

³⁰² Bakıcı 160.

³⁰³ Savaş/Mollamahmutoğlu 158.

³⁰⁴ Bakıcı 171.

yapılmamasının usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir(Yerel mahkeme 430/2, 647/4 maddeleri gereğince sanığı cezalandırmıştır)³⁰⁵.

Yargıtay 4. C.D. sanık hakkında hükmolunan ağır para cezasına suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 4786 sayılı yasa ile eklenen 647 sayılı Yasanın 5/5 maddesi gereğince “ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir aylık sürenin sona erdiği veya takside bağlanıp da taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi nedeniyle geri kalan miktarının tamamının muaccel olduğu tarihten başlayarak ödenmeyen para cezasına, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesinde belirlenen gecikme zammı oranının yarısı oranında gecikme zammı uygulanmasına” hükmedilmesinin ETCK 2/2 maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir(07.02.2005, 2004/12760, 2005/640 sayılı kararı)³⁰⁶.

Yargıtay 11. CD. 647 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ETCK 95/2 maddesi birlikte değerlendirildiğinde, deneme süresi içerisinde suç işlenmemesi halinde mahkumiyetin vaki olmamış sayılması nedeniyle uygulama koşulları ve sonuçları itibari ile hükümlü lehine olduğu gözetilmeden YTCK 51. madde ile uygulama yapılması yasaya aykırıdır (27.11.2006-6387/9498)³⁰⁷.

Y.C.G.K. 07.03.1955 gün ve 176/151 sayılı kararında suç unsurlarını değiştirmeyen usule ait muameleleri değiştiren sonraki kanun uygulanmaz³⁰⁸.

4.4. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa mahkemesi 06.01.1970 gün ve 46-2 sayılı kararında bir taksi şoförünün pazar yerinde sergi yerinde sürekli durmasından ötürü 1580 sayılı Belediye Kanununun 17. maddesi gereğince idari para cezası(hafif para cezası) uygulamıştır. Sulh Ceza Mahkemesi itiraz yoluyla idarenin hafif para cezası uygulamasını Anayasa Mahkemesi'ne taşımış, Anayasa Mahkemesi kolluk kurallarına aykırılık nedeni ile verilen para cezaları birbirine benzese bile hukuki

³⁰⁵ Bakıcı 196.

³⁰⁶ Artuç/Hırsılı 304.

³⁰⁷ Bakıcı 204.

³⁰⁸ Savaş/Mollamahmutoğlu 166.

sonuç açısından birbirinden farklı konulardır. Bu yetkinin idareye verilmiş olması yargı yetkisinin devredilmesine aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir³⁰⁹.

Anayasa Mahkemesi 28.03.1963 gün ve 4-7 sayılı kararında 1567 sayılı Kanununun 1. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasını yerinde görmemiştir. Kanunilik ilkesi açısından itiraza konu 1567 sayılı yasanın 3. maddesiyle Bakanlar Kuruluna bu konuda çıkaracağı kararnameler ile suç ihdasına yetki tanınmasının ve ayrıca hükmü şahıslarında cezalandırılacaklarının kabul edilmesinin Anayasanın 33. maddesine aykırı olduğudur. 1567 sayılı kanunun 3. maddesi ise icra vekilleri heyetince 1. maddeye istinaden ittihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tayin etmiştir. Bu hükümlerde suçun kanuni unsuru icra vekilleri heyetinin 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktadır. Şu halde suçun ne olduğu kanunda belirtilmiştir. Kaldı ki Bakanlar Kurulu hangi eylemleri yasakladığını resmi gazetede duyurmakta ve cezaları da kanunda tespit edildiğinden bir aykırılık bulunmamaktadır. Ayrıca yerel mahkemenin kanunu uygulayacağı kişi gerçek kişi olduğundan tüzel kişilere yönelik olarak itirazı reddi gerekmektedir şeklinde karar vermiştir. Anayasa mahkemesinin bu kararına karşı doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısmı idareye verilen bu yetkinin suç ve ceza yaratmak olmadığı sadece çerçevesi çizilmiş normların içeriğini doldurma niteliğinde bulunduğunu belirtmiştir. Kanunla verilen bu niyabete dayanarak, kanunun gösterdiği alanda ve belirlediği cezalarla karşılanmak şartı ile yürütme organının suç yaratabilmesi modern devlet hayatının mutlak bir gereksinimidir³¹⁰.

Anayasa Mahkemesi 17.06.2004 gün ve 2000/24 esas, 2004/82 karar sayılı kararı ile yeniden değerlendirme oranı ölçüsünde kanunlarda belirlenen para cezaların artırılmasının cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğuna ilişkin yerel mahkemelerin yaptığı başvuruyu reddetmiştir. Bu olayda: Bir kısım yerel mahkemeler 28.7.1999 günlü, 4421 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A- 5. maddesiyle değiştirilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Ek 2. maddesinin, B- 6. maddesiyle 765 sayılı Yasa'nın Ek 4. ve Ek 5. maddelerinde yapılan değişikliğin, C- 7. maddesiyle 765 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 6. maddenin, D- 8. maddesiyle 647 sayılı

³⁰⁹ Gözübüyük 12.

³¹⁰ Savaş/Mollamahmutoglu 78-80

Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen cümleler ile altıncı ve dokuzuncu fıkralarında yapılan değişikliğin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 8., 10., 11., 12., 13., 38., 87., 91. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi ile itiraz yoluna başvurmuşlardır. Yerel Mahkemeler tarafından Yeniden değerlendirme oranı ile tesbit edilecek para cezalarının yüksek olması nedeniyle ekonomik gücü olmayanların para cezasını ödeyememe durumunda kalacağı ve hapis yaptırımı ile karşılaşacağı, ödeme gücü bulunanların ise bu yaptırımdan kurtulabileceği, ayrıca kanunda yazılı olandan daha fazla para cezası uygulanması sonucu ile karşılaşılabileceği, yine para cezasının hapse, hapis cezasının para cezasına çevrilip mahsup hükümleri de uygulanarak infazı gereken cezanın çektirilmesi için yapılan davete icap eden ile etmeyenlerin aynı konumda olmalarına rağmen farklı hürriyeti bağlayıcı ceza çekmelerine neden olacağı, bunun da kanun önünde eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı, İdarenin bir organı olan Devlet İstatistik Enstitüsü'nün verilerine dayalı olarak saptanan ve Maliye Bakanlığı'nın tebliği olarak Resmi Gazete'de ilan edilen yeniden değerlendirme oranı esas alınarak, ceza yasalarında öngörülen para cezalarının tesbit edilmesinin, cezanın, yasama organı tarafından ve kanunla belirleneceği ilkesi ile çeliştiği, böylece yasama yetkisinin yürütme organına devredilmiş sayılacağı, ayrıca bu yöntemle mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı ilkesinin ihlal edildiği, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin de çiğnendiği, dolayısıyla itiraz konusu kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 8., 10., 11., 12., 13., 38., 87., 91. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi İtiraz konusu kuralların, Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlarda yer alan para cezaları ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilmesine ilişkin 4. ve para cezalarının tarifi, tesbiti ve yerine getirilmesine ilişkin 5. maddelerinde yer alan para cezası miktarlarını, ekonomik verilere uygun, yıla göre değişen ve her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranına göre, yeni bir yasa çıkarmadan, ileriye yönelik olarak tespit etmek ve uygulanmasını sağlamak için getirildiği, bununla, para cezası içeren yasa hükümlerinin değişen enflasyon oranlarına göre yaptırım gücünün korunmasının, dolayısıyla da arzu edilen kamu yararının sürekliliğinin sağlanmasının amaçlandığı, paranın, sık sık değer değişikliğine uğramasının sonucu olarak, suç ile ceza arasında kurulan hassas dengenin bozulmasının, genel kurala aykırı kurallar konulması zorunluluğunu ortaya çıkardığı anlaşılmaktadır.

Hukuk devleti ilkesine uygun olmak koşulu ile kamu yararını sağlamak için ceza belirlemede değişik ölçütleri seçmek yasa koyucunun takdirindedir. Yasa koyucunun, anayasal sınırları aşmadan takdir yetkisini kullanarak düzenlediği itiraz konusu kuralların, yukarıda açıklanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir yanı bulunmamaktadır. Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez" denilmektedir. Artırılacak olan para cezalarının, daha önce kanunla düzenlenmiş olması, yeniden değerlendirme oranının niteliğinin ve uygulanış biçiminin de Yasama Organı tarafından sınırları çizilerek kanunla belirlenmesi nedeniyle yasama yetkisinin yürütmeye devrinden söz edilmesi mümkün değildir.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinde yer almıştır. Yasakoyucu, ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılanların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu kurallar, daha önce yasalarda var olan para cezalarının ve bunların alt ve üst sınırları ile bir günün karşılığı olan para cezası miktarının, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bilimsel verilere dayalı olarak saptanıp, Vergi Usul Kanunu'nun 298. maddesi gereğince, her yıl Aralık ayında Maliye Bakanlığı'nca Resmî Gazete ile ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağına ilişkindir. Bu husus, keyfî ve takdirî uygulamalara yol açmayacak biçimde çerçevesi yasakoyucu tarafından çizilerek kanunla düzenlenmiştir. Kaldı ki yeniden değerlendirme oranına göre yapılan artırma, Yasama Organı tarafından kanunla düzenlenmiş olan para cezaları üzerinden yapılmakta ve suç işlendiği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirgin hale gelmektedir. İtiraz konusu kuralların kanunilik ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmadığına karar³¹¹ vermiştir.

³¹¹ 02.07.2007 <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2004/K2004-082.htm>>

Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kararına katılmaya olanak bulunmamaktadır. Suç ve ceza koyma yetkisi münhasıran TBMM aittir. Yeniden değerlendirme oranı ise idarenin nisbi vergileri artırmak için kullandığı bir ölçüttür ve idare tarafından her yıl belirlenmektedir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi sadece kanunların yasama meclisi tarafından çıkarılmasını öngörmekle kalmamakta, cezaların artırılması ve eksiltilmesi de ancak kanunla olabilecektir. Oysa yeniden değerlendirme yetkisinin idareye bırakılması ile cezaların artırılması da idarenin tasarrufuna bırakılmaktadır. Bu nedenle yeniden değerlendirme oranı ölçüsünde yasama meclisi tarafından çıkarılacak yasa ile cezaların artırılması gerekir. Nitekim bu sakıncanın görülmesi nedeniyle YTCK cezaların her yıl artırılması oranını terk ederek gün para cezası sistemini getirmiştir. Ancak Kabahatler Kanununda her yıl yeniden değerlendirme oranı ölçüsünde cezaların artırılacağını öngörülmüş olması kendi içerisinde çelişki oluşturmaktadır.

5. GÜVENLİK TEDBİRLERİNDE KANUNİLİK İLKESİ

5.1. Kavram

Güvenlik tedbirleri, duruma göre eğitmek veya tedavi etmek suretiyle suçlunun sosyal hayata yeniden uyum sağlamasını amaçlayan tedbirlerdir. Güvenlik tedbirleri, geleneksel cezaların uygulanamadığı veya uygulanabilir olmalarına rağmen, yeni suçların işlenmesini önlemeye yeterli kabul edilmediği durumlarda, geleneksel ceza sistemini tamamlamak amacıyla yöneliktir. Söz konusu tedbirler, özellikle cezalandırma niteliğine sahip olmamaları, yani ceza kanununun ihlâlinin karşılığı olmamaları yönünden cezalardan ayrılırlar. Bunlar, tamamen geleceğe yönelik olduklarından, işlenen suç ile değil, failin tehlikeliliği ile orantılıdır³¹². Başka bir deyişle güvenlik tedbirleri maddi ve manevi bakımdan suç teşkil eden bir fiilin işlenmesini gerektiren, onu izleyen, ondan sonra gelen tedbirlerdir. Toplumla verilen zarar ve tehlikeden sonraki tedbirlerdir. Emniyet tedbirlerinin bağlantılı olduğu durum, failin tehlikelilik halidir³¹³. Güvenlik tedbiri kavramı hakkında tam bir tanım verilmemekle beraber, suçludaki tehlikelilik durumuyla orantılı olarak hükmedilen ve asıl olarak sosyal savunma amacıyla yönelmiş bulunan müeyyideler

³¹² Toroslu 404.

³¹³ Hafizoğulları 237.

şeklinde tanımlanması mümkündür. Günümüzde, ceza hukukunda güvenlik tedbirine yer vermeyen bir doktrin veya ceza kanunu bulunmamaktadır. “Emniyet tedbirleri” veya “güvenlik önlemleri” olarak da adlandırılan bu kavram çağdaş ceza hukukunda, müeyyide olarak kabul görmüş bir kurum olarak değerlendirilmektedir. Güvenlik tedbirleri olarak uygulanacak bu tedbirler, değişik amaçlara hizmet etmektedir. Gerçekten, bir tedbir kişinin iyileştirilmesini ön planda tutmuş olabileceği gibi, toplumu korumak ve kişiyi toplum bakımından zararsız hâle getirmek de, tedbirin getiriliş amacında dikkate alınmış olabilir. Ayrıca, bir tedbirin amacı hem kişinin iyileştirilmesi ve hem de toplumun tehlike teşkil eden kişiden korunması olabilir ki, burada her iki amacın birlikte bulunduğu görülür³¹⁴.

Kanun, güvenlik tedbirlerini, cezadan farklı bir yerde, cezadan farklılaştırarak düzenlemek istemesine rağmen, yaptırım olarak nitelendirdiği bu tedbirleri, ceza müeyyidesinden farklılaştırmada başarılı olamamıştır. Kanun koyucu, madde gerekçelerinde, bir kimse hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için “suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı cezaya mahkum edilmesi gerekmemektedir” diyerek; bu tedbirlerin, cezadan farklı olarak, ihlale tepki olmadıklarını, sadece ihlal vesilesi ile verildiklerini birçok yerde açıkça belirtirken; mahiyeti bakımından ihlale tepkiden başka bir şey olmayan, dolayısıyla fer'i ceza olarak adlandırılan hükümlü kişinin belli hakları kullanmaktan mahrum bırakılmasının ceza müeyyidesi değil de güvenlik tedbiri sayılması bir çelişkidir. Gerçekten, 765 s. Kanun (m. 20, 31), İCK., (m.17, 18, 19, 20), Alman Ceza Kanunu (& 45 StGB), ayrıntıda bazı farklar olmakla birlikte, ceza mahkumiyetinin kanunî neticesi olarak, hak yoksunluklarını, güvenlik tedbiri olarak değil; tam tersine, ceza yanında, fer'i ceza olarak görmektedir. Doğrusu budur, çünkü, bir şey, Kanunun ifadesi ile " suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu " ise; artık o şey, tehlikelilikle bağıntılı olarak ortaya çıkan güvenlik tedbiri değildir, ama ihlale, yani suça tepki olarak ortaya çıkan ceza yanında, cezaya mahkumiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan fer'i cezadır³¹⁵. Bununla beraber, güvenlik

³¹⁴ Haluk Çolak, Uğurtan Altun, Güvenlik Tedbirleri Ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisindeki Yeri, 10.07.2007.<<http://savcibey55.wordpress.com/2006/12/16/guvenlik-tedbirleri-ve-5237-sayili-turk-ceza-kanununa-gore-yaptirim-teorisindeki-yerimakale>>

³¹⁵ Zeki Hafızoğulları, 5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik tedbirleri, 16.10.2007.<<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html>> 1-37.

tedbirlerinin, cezanın temel özelliği olan acı verme özelliğine sahip olmadıkları söylenemez. Bireyin varlıklarının azalması ve genellikle kişi özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğurduklarından güvenlik tedbirleri de acı vericidirler³¹⁶.

5.2. Hukuki Niteliği

Güvenlik tedbirleri Türk, Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, cezalarla birlikte suçları önleyici vasıtalar olarak kabul edilmektedir. Suç işleyen kişilere karşı hem ceza, hem de idare hukuku alanında tedbirler uygulanabilir. Bu tedbirlerin hedefleri aynı olup, bu hedefler toplumsal düzenin korunması ve güvenliğin sağlanmasıdır. Toplumsal düzene aykırı her fiil suç olarak düzenlenmemiştir. Toplum düzenine aykırı olmakla beraber, suç teşkil etmeyen davranışlara karşı uygulanan tedbirler idarî tedbirler olarak değerlendirilir. Oysa ceza kanununda belirlenen bir fiile uygun davranış nedeniyle uygulanan tedbirler ise yaptırımdır ve cezaî nitelikte tedbirlerdir. Anayasa Mahkemesi de, güvenlik tedbirlerinin bir ceza hukuku yaptırımı olduğunu kabul etmiştir; buna göre, suç işlememiş kimse hakkında, yaşadığı hayat tarzı bakımından toplum için tehlike oluşturduğu gerekçesiyle tedbir uygulanabilir. Fakat bu tedbir, ceza hukuku alanına girmez ve kolluk tedbiri olarak nitelendirilebilir. Anayasa Mahkemesi, toplumun tehlikeden korunması için suçluların eğitilebileceğini, yetiştirilebileceğini ve hatta toplumsal ve psikolojik yönlerden tedavi edilebileceğini ifade etmiş; ceza yaptırımlarının temel amacının “ceza hükümlülerinin iç varlığına ve dünyasına girerek esasta onu düzeltmek, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne bu yolla geçmek ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirdikten sonra toplum içine serbest bırakmak” olduğuna karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararda, mahkemenin veya hazırlık soruşturmasında sulh hâkiminin vermiş olduğu akıl hastanesine gönderme tedbirinin bir mahkûmiyet hükmü olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay, söz konusu kararı beraat hükmü olarak da kabul etmemektedir. Bu durumda yeni bir hüküm türü ortaya çıkmaktadır. Suçu işlediği sabit olan kişi hakkında verilen hüküm mahkûmiyet

³¹⁶ Toroslu 404.

olacağından ve ceza hukuku yaptırımlarının infaz edilebilmesi de mahkûmiyet hükmünün verilmiş olmasına bağlı olduğundan bu karar doktrinde eleştirilmiştir³¹⁷.

5.3. Türk Ceza Kanunda Düzenleme

Kanun, güvenlik tedbirlerini, "Yaptırımlar" başlığını taşıyan Üçüncü Kısım, "Güvenlik tedbirleri" başlığını taşıyan İkinci Bölümde sekiz madde halinde düzenlemiştir.

Güvenlik tedbirleri çok ve çeşitli olabilmektedir. Gerçekten, bunlar, bir mala veya paraya el konulması biçiminde olabileceği gibi, suç işleyerek tehlikeli olduğunu ortaya koyan kişinin kişi hürriyetinden yoksun kılınması biçiminde de olabilir. Güvenlik tedbirleri kanunla konur (An. m . 38, CK. m. 2). Güvenlik tedbiri yargılaması, ceza yargılaması usul ve esaslarına tabidir. Güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi kanunla olur. Müsadere hariç, öteki güvenlik tedbirleri hâkim tarafından geri alınabilir, değiştirilebilir³¹⁸.

5.3.1. Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanacağı Kişiler

Güvenlik tedbirleri suç işleyen kişilere verilmektedir. Suç işleyen kişilerin bir kısmına ceza verilememektedir. Bir kısmına ise ceza verilmektedir. Örneğin akıl hastalarına suç işleseler bile ceza verilememektedir. Ancak güvenlik tedbirleri uygulanmaktadır. Çünkü bu kişilerin ihlal ettikleri hukuki konu itibari ile tehlikelilikleri devam etmektedir. Öyleyse bu güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı kişiler suç işleyerek mahkum olanlar(m. 53), suç işlemelerine rağmen ceza verilemeyen akıl hastaları(m.32), küçükler(m.31), mükerrirler(m.58), kazanç müsadereyi söz konusu olduğunda, kazancın sahibi(m.55), tüzel kişiler (m.60) güvenlik tedbirlerin uygulanacağı kişilerdir.

³¹⁷ Çolak/Altun 1-32.

³¹⁸ Hafizoğulları (5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik tedbirleri)1-37.

5.3.2. Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri

YTCK belirlenen güvenlik tedbirleri 53 ile 60 maddeler arasında düzenlenmiştir. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 51), eşyanın müsaderesi (m. 54), kazancın müsaderesi (m.55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56), akıl hastalarına ilişkin güvenlik tedbirleri (m. 57), alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri(m. 57), denetimli serbestlik güvenlik tedbiri (m.58), tekerrürlere ilişkin güvenlik tedbirleri(m. 58), tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri(m. 60), sınır dışı edilme, fuhşa sürüklenenler hakkında güvenlik tedbirleri (227/8)'ne yer vermiştir. Özel yasalarda sürücü belgesinin geri alınması, çek keşide etmekten yasaklama, banka kurucu ortağı olamama gibi güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir³¹⁹.

Güvenlik tedbirleri ilişkili oldukları hukukî değerler açısından da 1) Hürriyeti sınırlayan güvenlik tedbirleri. (Örneğin itiyadî alkoliklerin tedavi maksadıyla gözaltı edilmeleri, yabancıların sınır dışı edilmeleri, bir yerde ikamet zorunluluğu, içki içilen yerlere gidememe gibi tedbirler).2) Haklardan yoksun kılan güvenlik tedbirleri (Örneğin siyasî haklardan yoksun olma, bir meslek veya sanatın yapılmasının yasaklanması). 3) Diğer tedbirler³²⁰ (Hükmün ilânı, önleyici kefalet) şeklinde ayrılabilir.

5.3.3. Kanunilik İlkesinin Uygulanması

Güvenlik tedbirlerinin ceza mı, ferî ceza mı yoksa emniyet tedbiri mi olduğu tartışmaları bir yana yukarıda sayılan güvenlik tedbirleri ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlandığı, belli haklardan mahrum oldukları veya mal varlıklarında bir azalmaya neden olduğu bir gerçektir. Oysa özünde güvenlik tedbirleri ceza verilme dahi kişiye uygulanabilmektedir. Örneğin 12 yaşından küçük bir çocuk yasa kapsamında yasak bir silah taşıdığında cezalandırılmamaktadır. Oysa ruhsatsız silahın müsaderesine hükmolunmaktadır. Kanun koyucu ruhsatsız bir silahın taşınmasını kamu düzeni için tehlikeli bulmuştur. Bu nedenle bu mal varlığına el

³¹⁹ Bakıcı 1042.

³²⁰ Çolak/Altun 1-32.

konulmaktadır. Bunda kamunun yararı bulunmaktadır. Güvenlik tedbirleri kusur esasına dayanmadığından bu alanda devletin müdahalesi daha fazla hissedilmektedir. İşte burada bireyin ihlal edilen menfaati ile toplumun ihlal edilen menfaatin dengelenmesi gerekmektedir. Tehlikeliliği ortadan kaldırmak için uygulanacak tedbirlerin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmalıdır. Yani temel hak ve özgürlükler devletin müdahalesinin fazla olduğu veya takdire bırakıldığı alanlarda daha fazla aşınırlar. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin niteliği ne olursa kanunla düzenlenmelidir. Çünkü temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin ne olduğu suçun işlenmesinden önce kanunla açık bir şekilde belirlenmeli, düzenlemelere toplumun rahatlıkla ulaşabilmeli, haberdar olmalı, bu şekilde özgürlüklerin sınırlanması keyfiliğe bırakılmamalıdır. Aksini kabul toplumun menfaatini bireyin menfaatinden sınırsız bir şekilde üstün tutmanın yolları açılmış olur ki bu hukuk devletinde kabul edilemez. Kanun toplum düzeni ile bireyin menfaati arasındaki dengeyi(orantıyı) kurmalıdır. Öngörülen hiçbir güvenlik tedbiri bu oranın aşılması sonucunu doğurmamalıdır.

Anayasanın 38., YTCK 2. maddeleri gereğince güvenlik tedbirleri ancak kanunla öngörülebileceğinden, hâkimin kanuni tipe uygun bir eylem olmadıkça güvenlik tedbirine hükmedemeyecek ve kanunda belirlenen güvenlik tedbirlerinden başkasını da uygulayamayacaktır.

O halde güvenlik tedbirlerinin uygulanması için dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Suç, toplum için tehlikeli halin belirtisini oluşturmalıdır; güvenlik tedbirine suçun işlenmesinden sonra hükmedilmelidir, güvenlik tedbiri kanun tarafından öngörülmelidir, güvenlik tedbirine hâkim tarafından hükmedilmelidir³²¹.

5.4.4. Yargıtay Uygulamaları

YCGK 14.02.2006-13/16 sayılı kararı ile YTCK'da 'belli haklardan kullanmaktan yoksun bırakılma' başlığı altında güvenlik tedbiri olarak düzenlenen mahrumiyetler niteliği itibariyle ek-feri ceza niteliğini taşımaktadır. Mahkumiyetin

³²¹ Bakıcı 1041.

doğal sonucu olduğundan kararda gösterilmemiş olsa dahi hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olmazlar, hapis cezasının infazı ile sınırlı olup, infaz tamamlanmakla herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın ortadan kalkacağından memnu hakların iadesine gerek olmadığına karar vermiştir³²². Yargıtay'ın güvenlik tedbirlerine ilişkin kanun sistematüğını analiz eden bu kararı yerindedir. Ancak mahkemenin kararında açıkça hangi güvenlik tedbirlerine hükmedeceğini belirtmesi gerekir. Bunun belirtilmemesi infaz uygulaması bakımından sakıncalar doğurabilir. Hükümlünün infazına başlandığında kararda belirtilmediği için güvenlik tedbirleri uygulanmaya bilir. Ayrıca sonradan mahkemeden tekrar karar istenebilirse de hâkimin veya mahkeme heyetinin değışmesi sonucu dosyaya hâkim olmayan veya dosyayı sonradan inceleyen, sanığın yargılama aşamasına başından sonuna kadar katılarak sanığın kişiliğini iyi tahlil edememiş hâkim veya heyet tarafından karar verilmek zorunda bırakılmamalıdır. Suç, ceza ve güvenlik tedbirlerinde kanunilik ilkesinin kabul edildiği ortamda infaz uygulamasında kanunilik ilkesinin kabul edilmemiş olması düşünülemez.

Yargıtay 11. C.D. 25.05.2006 -1859/4708 sayılı kararında sanık hakkında hükmedilen hapis cezası adli para cezasına çevrildiği halde YTCK'nun 53/1 maddesine aykırı olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilmesini yasaya aykırı bulmuştur³²³.

Yargıtay 1. CD. 29.05.2006-740/2190 sayılı kararında YTCK 53. madde gereğince velayet, vesayet kayyımlik yetkisi açısından kısıtlamanın 53/3 madde uyarınca şartla salıverme tarihine kadar geçerli olacağından, cezanın infazının tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesini yasaya aykırı bulmuştur³²⁴.

Yargıtay 11. CD. 03.07.2006-4194/6170 sayılı kararında hükümlüye tayin edilen hapis cezası ertelendiği halde YTCK 53/1 maddesinin uygulanmasına karar

³²² Bakıcı 1049.

³²³ Bakıcı 1050

³²⁴ Bakıcı 1050.

verilerek aynı maddenin 4. maddesine aykırı davranılmasını yasaya aykırı bulmuştur³²⁵.

Yargıtay 4. CD. 10.08.2006-5687/13865 sayılı kararında sanıklar hakkında YTCK 53/1 madde ve fıkrasında sayılan haklardan yoksun bırakılmalarına karar verilirken belirli bir süre öngörülmemesini yani, 53. 2 ve 3. fıkraları uyarınca aynı maddenin 1. fıkrasının c bendinde belirtilenlerin koşullu salıverme, öbür hakların ise infaz tamamlanıncaya kadar şeklinde uygulanmamasını yasaya aykırı bulmuştur³²⁶.

Suçta konu korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının Devlet malı niteliğinde oldukları gözetilerek müzeye tevdiine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde zorunlu hükmelmesi yasaya aykırı bulunmuştur(Yargıtay 11. CD. 28.06.2005-2003/12974, 2005/3961)³²⁷.

Suçtan sağlanan maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi halinde müsadere mümkün olup somut olayda(dolandırıcılık suçundan mahkumiyet kararı verilmiştir.) koşulları oluşmadığı gözetilmeden YTCK 55. maddesi uyarınca kazanç müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırı bulunmuştur(Yargıtay 11.CD. 21.03.2006-287/2184)³²⁸.

Suç tarihinden sonra ve hükümden önce yürürlüğe giren YTCK'da tekerrür nedeniyle herhangi bir artırımı öngörülmediği halde ETCK 81. maddesi gereğince artırımı yapılmasını yasaya aykırı bulmuştur(Yargıtay 8. CD. 28.12.2005-3070/12669)³²⁹. Yargıtay bu içtihadı ile haklı olarak kanunsuz suç ve ceza olmayacağını bir kez daha altını çizmektedir. AİHM mahkûmiyet kararları, Anayasanın 38, YTCK 2. maddesine rağmen hatalı uygulamalar devam edilmektedir.

³²⁵ Bakıcı 1051.

³²⁶ Bakıcı 1051.

³²⁷ Bakıcı 1104.

³²⁸ Bakıcı 1118.

³²⁹ Bakıcı 1148.

Y.C.G.K. 22.11.2005 gün ve 140/143 sayılı kararında, çek keşide etmekten yasaklamanın bir güvenlik tedbiri olduğunu, hüküm olup karara temyiz edilebilir vasfını verdiğini kabul etmiştir³³⁰.

6. KABAHAHLERDE KANUNİLİK İLKESİ

Suçları değişik açılardan çeşitli ayırmalara tabi tutmak olanaklıdır. Öncelikle suçları ağırlıklarına göre ayırmak öteden beri yapıla gelen bir tasnif türüdür. Bir kısım ceza yasaları ağır suçları bünyelerine almışlar, buna karşılık hafif nitelikte gördükleri kabahatleri idari yasalar veya polis hukuku içerisinde düzenlenmişlerdir³³¹. ETCK kabahatleri kendi bünyesine alarak düzenlemiş olmasına rağmen YTCK kabahatleri kendi bünyesinden ayırmıştır. Gerçektende kamu düzenine basit itaatsizlik olarak nitelendirilebilecek bu tür eylemleri ceza kanunları içerisinde düzenlenmesi ve yargılamaşının genel mahkemelerde yapılması aşırı derecede emek ve zaman kaybına neden olmakta, çok basit nitelikteki bir kabahat için yıllarca yargılama devam etmekte ve kaynak israfına neden olmakta idi. Bu nedenle kanunkoyucu Türk Ceza Adalet sisteminde genel yargılama yapılacak işler arasında kabahatleri göstermeyerek, ayrı bir kanunla düzenlemeyi uygun bulmuştur. Bu nedenle 31.03.2005 tarihinde RG yayımlanan 5326 sayılı Kab.K. kabul etmiştir.

Kabahat fiilleri tarihin belli bir döneminde , cürümlere göre daha az tehlikeli kabul edilen ve bu nedenle daha hafif bir yaptırım ile karşılaşılın suçlardır. Bazı fiillerin kamu düzeni için fazla tehlikeli kabul edilmez, bu nedenle hafif bir yaptırım ile karşılar. Kanunkoyucuyu buna iten sebep bu fiillerin sosyal düzeni büyük ölçüde sarsmayacağı inancından kaynaklanmaktadır³³².

Kab.K. 2. maddesinde kabahati tanımlamıştır. Kabahat “kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulamasını öngördüğü haksızlık” olarak belirtilmiştir.

³³⁰ Bakıcı 60.

³³¹ İsmail Malkoç, Mahmut Güler. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler.(Ankara: Adil Yayınevi, 1996) 4819

³³² Dönmezer/Erman 410.

Kabahatler kanununun 4. maddesinde kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu madde de “(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5. maddesi gereğince zaman bakımından uygulanması açısından YTCK zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükümler geçerli olacaktır. İnfaza ilişkin derhal uygulanma geçerli olacaktır. Davranışın yapıldığı an suçun işlendiği an olarak kabul edilecektir.

Hangi fiillerin kabahat oluşturacağı açıkça tanımlanacaktır. Ancak kanunilik ilkesine aykırı olarak kanun tarafından belirlenen çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabilecektir³³³. Kabahatler Kanunu idareye düzenleyici işlemlerle içeriğini doldurma imkanı vererek, suçta kanunilik ilkesine nazaran kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul ettiği görülmektedir. Buna karşılık idari yaptırımlar açısından ise cezada kanunilik ilkesine paralel bir düzenleme getirmiştir. Gerekçede de bu durum açıkça vurgulanmıştır. Suç ve cezada kanunilik ilkesini iki ayrı kavram olmasına karşın bunların birbirinden ayrılması veya birinin diğerine göre hafife alınması kabul edilemez. Bu bireyin özgürlükleri ile idarenin yetkilerin dengelenmesinde kanun koyucu tarafından hafif görülen itaatsizliklerde idare lehine tavır almanın göstergesidir. Gerçekten de kabahatler toplum düzenini ihlal eden basit fiillerdir. Bu fiilleri önlemek çoğu zaman idarenin önleyici kolluk hizmetleri içerisinde yer almaktadır. Bu durumda da idarenin hangi eylemlerin kabahat olarak düzenlenmesi gerektiğini değişen koşullara göre kendisinin belirlemesinin uygun olacağı düşünülmüştür.

İdari cezalar bakımından ise kanun koyucu aynı toleransı idareye göstermemiştir. İdari cezalar bakımından kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Kab.Kan. 16 maddesinde idari yaptırımları, idari para cezası ve idari tedbir olarak belirlemiştir. İdari para cezasının ise kanunda alt ve üst sınırlarının gösterileceğini belirtmiştir.

³³³ Öztürk/Erdem 108; Özgenç 86.

Kanun geneline bakıldığında kanunkoyucunun kabahatleri ceza kanunlarına benzer şekilde düzenlemeye gayret gösterdiği, ETCK kabahatler bölümünde yer alan bazı fiillerin kabahat olarak düzenlendiği gözükmektedir. Suçların belirlenmesi açısından 4. maddenin Anayasa'nın 38.inci maddesine aykırı olduğu gözükmektedir. Anayasa Mahkemesine iptal istemi gittiğinde iptal sorunu gündeme gelebilir.

7. DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİ

7.1. Genel Olarak

Kamu hizmeti, toplum düzeni içinde ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç gösteren özel bir alandır. Kendine özgü kurumları ve kuralları vardır. Genel toplum düzenini sağlayan ceza kuralları kamu hizmeti düzenini sağlamaya yetmez. Kamu hizmetinin işlemlerini sağlayacak ayrı kurallar gereklidir. İşte disiplin hukuku bu kuralları koyar. Hizmet suçlarını ve cezalarını belirler³³⁴.

Memurların birlikte bulunmasının ve düzenli olarak çalışmasının sağlanabilmesi için uygulanan yaptırımlardan biri de disiplin cezalarıdır. Bir kurumda çalışan memurların, kurumun düzenini bozucu davranışlarına karşı uygulanan yaptırımlara kısaca disiplin cezası denir"³³⁵.

Memuru görevine sınıksız bağlamayı amaç edinen ve onun bir kamu görevlisi olarak onurunu korumaya yönelmiş bulunan kurallar, disiplin cezalarının genel anlamda bir tanımlaması sayılabilir³³⁶.

İdare hukukunda ise disiplin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin, iç düzeni korumak ve sağlamak için bunları bozan eylemlerde uygulanan kurallar bütünüdür. Bu amaçla, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak için bir kamu kuruluşunda çalışan memurların kurumun düzenini bozucu davranışlarına karşı uygulanan yaptırımlar da disiplin cezasını oluşturur.

³³⁴ Turhan Tufan, Yüce, Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili, DD, Yıl 1994, 24, sy. 88, s. 5.

³³⁵ Şeref, Gözübüyük, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I (Ankara: Turhan Kitapevi, 1998) 198.

³³⁶ Ahmet, Erdoğan. Yeni Disiplin Cezaları. DD, 1973, sy. 6-7, s. 5.

Disiplin cezaları, genel olarak, bir soruşturma sonucu uygulanacak işlemlerdir. Disiplin suçunun işlenip işlenmediği, işlenmiş ise, ne zaman, ne şekilde ve kim tarafından işlendiği ve ilgililerin sorumluluk durumları çoğu zaman bir soruşturma sonucunda tespit edilir. Disiplin suçlarının tespiti ve ortaya çıkartılmasına ilişkin soruşturma yöntemine ilişkin 657 sayılı Devlet Memurları Yasasında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Soruşturma, suç konusu olayı incelemek, muhbir veya şikâyetçinin ihbar ve savlarını tespit etmek, olayla ilgili tüm delilleri toplamak, gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırmak, kendisine suç isnat edilen kişinin savunmasını almak suretiyle sapılır. Soruşturma, soruşturmaya yetkili makamlarca verilecek soruşturma emri üzerine atanacak bir soruşturmacı veya kurumların kuruluş ve teşkilat yasalarına göre soruşturma yapmakla görevli müfettişlerce yapılır³³⁷.

Soruşturma tamamlandıktan sonra, soruşturmacı, olayla ilgili tespit ve kanaatlerini içeren bir rapor düzenler ve elde ettiği delilleri bu rapora ekler. Raporların sonuç bölümünde, hakkında soruşturma yapılan kimselerin idari, mali, hukuki ve cezai sorumluluk açısından durumları ortaya konulur, yapılan tespitlere göre memur hakkında disiplin hukuku açısından disiplin cezası ile cezalandırılması, idari yönden görev yerinin değiştirilmesi, görevden uzaklaştırılması ve yöneticilik görevinin üzerinden alınması, mali yönden 657 sayılı Yasanın 12. maddesi kapsamında idarenin zararına neden olmuşsa zararın rucuen tazmini, cezai yönden ise ceza soruşturması açılması yönünde teklifte bulunulabilir. Disiplin amiri muhakkik teklifi ile bağlı değildir. Yeterli görmediği konu hakkında yeniden muhakkik atayabileceği gibi soruşturma sonucu önerilen disiplin cezasından başka bir cezada verebilir.

7.2. Disiplin Soruşturması İle Ceza Kovuşturması Arasındaki Farklar

Ceza yargılamasının konusunu bir toplumda toplumun düzenini bozan ve dar anlamda suç adını alan eylemler oluştururken, disiplin cezasını gerektiren

³³⁷ İbrAİHM, Pınar, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat. (Ankara: Seçkin Yayınevi 1999) 1063.

eylemler toplumun bütününü ilgilendirmekten çok, belirli görevlerin zedelenmesi ya da toplumda belirli statülerde bulunan kişilerin yaptıkları hukuka aykırılıklar oluşturmaktadır³³⁸.

Disiplin hukukunu, Ceza hukukundan ve disiplin cezasını gerektiren fiilleri, suçlardan ayıran başlıca fark, birincilerin özel bir ilişki ile hiyerarşik yetkiyi haiz olan bir topluluğa bağlılıktan doğmasına karşılık, ikincilerin Devlet ülkesinde yaşamaktan ileri gelen genel bir itaat yükümünden doğmasından ibarettir ve bu ölçü disiplin cezasını gerektiren fiilleri, bir yandan suçlardan, diğer yandan da zabıta tedbirlerinden ayırmaya yaramaktadır. Suç, bireyin ülkesinde yaşadığı Devlete karşı olan genel itaat yükümünün ihlalini ifade eder, disiplin cezasını gerektiren fiil ise bir kimsenin rızası ile tabi olduğu belirli bir topluluğa karşı olan özel bağlılık yükümüne karşı gelmesi halinde ortaya çıkar. Devlet cezayı, ceza vermek hakkına dayanarak uygular; disiplin cezasını ise adeta işveren sıfatıyla verir³³⁹.

O halde Disiplin soruşturması ile ceza kovuşturması arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir:

a) Ceza Kanunları memur olsun olmasın ülkenin üzerinde yaşayan herkes hakkında uygulanabilir. Halbuki disiplin cezaları yalnız memurluk mesleğinde bulunanlara uygulanabilir. Disiplin hukuku kamu kuruluşunun düzenini sağlamak amacıyla yönelik olduğundan, hakkında disiplin soruşturması yapılacak kişinin her şeyden önce kamu görevlisi olması ve kamu kuruluşunda belirlenen düzeni bozması gerekir. Ceza kovuşturmasının konusunu genel olarak Türk Ceza Yasası ile bazı özel yasalarda belirtilen eylemler oluşturur. Disiplin suç ve cezalarının konusunu ise Devlet Memurları Kanununda, diğer memur yasalarında düzenlenen eylemler oluşturur.

b) Disiplin cezaları sırf kamu hizmetinin iyi görülmesini sağlamayı hedef tutmaktadır. Ceza Kanununun amacı ise, kamu düzenini korumak ve toplumu savunmak esasına dayanır. Ceza kovuşturması toplum düzenini sağlamaya

³³⁸ Erdener, Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku.(İstanbul: 7. Baskı 1998) 14.

³³⁹ Dönmezer/Erman 340.

yönelik olduğundan, kamu görevlisi olsun ya da olmasın toplum düzenini bozan herkese uygulanır. Ancak kamu görevlileriyle ilgili olarak bazı durumlarda ceza kovuşturması açılabilmesi yetkili idari merciin iznine bağlıdır. Ceza kovuşturması yapılması gereken durumlar değişik yasalarda gösterilmiştir.

c) Ceza hukuku kamu düzenine karşı işlenen fiillere uygulanacak tedbirleri içerdiği için, müeyyideler daha ağırdır. Bu müeyyideler şahsın hayatına, hürriyetine, malına ve şahsına bağlı haklara etki eder. Halbuki disiplin cezaları yalnız mesleki hayata ve mesleki haklarına etki eder.

d) Ceza hukukunun konusu olan cezalar yalnız hâkim tarafından uygulanabilir. Disiplin cezaları ise idari makamlar tarafından uygulanır.

e) Ceza hukuku esaslarına göre bir fiile iki defa ceza uygulanamaz. Halbuki, disiplin hukukuna göre, bir fiile ceza kanunu bakımından bir ceza uygulanmış olması, o fiilden aynı zamanda disiplin cezası uygulanmasına engel teşkil etmez.

Görülüyor ki, disiplin cezaları gerçekte ceza hukukundaki anlamı ile birer ceza ve bu cezaları doğuran tasarruflar da tam birer kazai tasarruf değildir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gerektiği şekilde görülmesini, memurun hizmete bağlılığını ve en iyi bir şekilde memurluk mesleğinin icra edilmesini sağlamak amacıyla ve esas itibarıyla hiyerarşi kudretine dayanılarak alınmış idari tedbirlerdir³⁴⁰.

7.3. Disiplin Soruşturması İle Ceza Kovuşturmasının Birbirlerine Etkisi Ve Sonuçları

DMY 125. maddesinin son bendinde, disiplin soruşturmasının yapılmış olmasının, eylemin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmeyeceği, 131. maddesinde ise, aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış

³⁴⁰ Dönmezer/Erman 341.

olmasının, disiplin kovuşturmasını geciktiremeyeceği, memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması hallerinin, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamayacağı belirtilmiştir.

Ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında yukarıda da ifade edildiği gibi amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeptir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir³⁴¹.

Danıştay, "yürütülen kamu hizmetinin gerektiği şekilde görülmesini, memurun görevine bağlılığını ve memur statüsünün korunmasını sağlamaya yönelik disiplin cezaları, kamu düzenini korumak ve toplumu savunmak esasına dayanan ceza yasalarının getirdiği cezalardan farklı nitelik taşıdıklarından, bir kamu görevlisinin ceza yasasına göre mahkum olması veya olmaması, kamu görevlisinin eyleminin, personel hukukuna göre değerlendirilmesine ve disiplin suçu kabul edilip, disiplin cezasıyla cezalandırılmasına engel değildir"³⁴² ifadesiyle yasal düzenlemelerdeki temel ilkeyi benimsediğini göstermiştir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, disiplin kovuşturması Ceza Muhakemesinden bağımsız olup; disiplin cezası verilmesi gereken eylemler nedeniyle ceza kovuşturmasına başlanmış olması, aynı eylemlerden dolayı disiplin soruşturmasını yapılmasını engellemeyecek, başlanmış olan disiplin soruşturmasının da durdurulmasını gerektirmeyecektir. Disiplin soruşturması kendi prosedürüne uygun şekilde devam eder ve disiplin cezası verilmesi için belirlenen zamanaşımı içinde sonuçlandırılır. Çünkü mevzuatımızda ceza mahkemesinde başlatılan kovuşturmanın disiplin soruşturması için bir geciktirici sorun olarak da ele alınması zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Uygulamada disiplin cezası verme süresinin zamanaşımına uğramaması için memur hakkında ceza mahkemesindeki kovuşturmanın sonucu beklenmeksizin disiplin kovuşturmasının sonuçlandırıldığı görülmektedir.

³⁴¹ D3D, E. 1979/187, K. 1979/253, KT. 30.3.1979, DD, 1979, sy. 36-37, s. 11.

³⁴² D10D, E. 1984/907, K. 1984/1860, KT. 12.11.1984, DD, 1984, sy. 58-59, s. 392.

Ancak, disiplin soruşturmasının ceza muhakemesini beklememe ilkesi uygulamada çeşitli sorunlar doğurabilmektedir. Bir kamu görevlisinin disiplin suçu oluşturan fiili aynı zamanda, bir suçta oluşturuyorsa ve bu suç nedeniyle muhakeme yapılmış ve karar verilmişse bunun disiplin kovuşturması açısından bir takım sonuçları olacaktır. Disiplin soruşturması sonuçlanıp disiplin cezası verildikten sonra, ceza mahkemesinden, suçun maddi unsurunun oluşmadığı, fiilin başka bir kişi tarafından gerçekleştirildiği veya olayda hukuka uygunluk nedenlerin bulunduğu gerekçesiyle beraat kararı verilmesi durumunda kararın etkisi ne olacaktır? Doktrinde ve uygulamada, hukuka aykırı olsa bile disiplin cezalarının idarece geri alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre; yetkili kurul ve makamlarca verilip, varsa itiraz mercilerinden geçip kesinleşen disiplin cezası kararlarının sicilden silinme süresi geçtikten sonra hükümsüz kılınması hali hariç, geri alınması, yerine başka bir cezanın verilmesi veya herhangi bir sebeple kaldırılması mümkün değildir³⁴³. Disiplin cezaları, disiplin cezalarını veren idari merciler yönünden de bağlayıcı ve kesin niteliktedir. İdari mercilerin vermiş oldukları disiplin cezalarını geri almaları, verdikleri disiplin cezası yerine başka bir disiplin cezası verme yoluna gitmeleri kural olarak olanaklı değildir.

Danıştay da, birçok kararında disiplin cezalarında geri alınmanın mümkün olmadığına karar vermiştir. Danıştay bir kararında "Kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklıdır. Disiplin cezası vermeye yetkili organlar, bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için öngörülen süre koşulları ile disiplin cezası işlemi sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmektedir. Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasama tasarrufu ile iptal edilebilir veya disiplin cezasının ağırlığına göre, belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir" görüşündedir³⁴⁴.

³⁴³ Pınar 988.

³⁴⁴ D10D, E. 1998/4988, K. 1998/3015, KT. 12.10.1998, DBB.

Ancak, dava konusu edilen disiplin cezasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar nitelikte, idari yargı tarafından verilmiş bir kararın varlığı halinde, artık disiplin cezalarının geri alınamayacağından söz etmek mümkün değildir. İdari mercilerin, yargı kararlarını uygulamaları, yargı kararları doğrultusunda işlem tesis etmeleri Anayasal zorunluluktur. Bu zorunluluğun doğal sonucu olarak, yargı kararıyla saptanan hukuki durumun imkan vermesi halinde, idari mercilerin aynı konuda yeniden disiplin cezası verme yoluna gidebileceklerinin de kabulü gerekir³⁴⁵.

Ceza Mahkemesi, aynı zamanda disiplin suçu sayılan fiilin, hakkında ceza davası açılan kişi tarafından işlenmiş olduğuna karar verirse, bu karar disiplin soruşturmasını etkileyecektir. Artık, idarenin eylemin o kişi tarafından işlenmediğine karar vermesi mümkün değildir. Bu durumda şartlar var ise disiplin soruşturmasının yapılması ve disiplin cezasının verilmesi gerekir. Ceza Mahkemesi, fiilin sanık tarafından işlenmemiş olduğu gerekçesiyle beraat kararı verirse de, bu karar bağlayıcı olur ve idarenin, artık o kimse hakkında disiplin kovuşturması yapması ve disiplin cezası vermesi mümkün olmaz³⁴⁶.

Demek ki; ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı ancak suçun unsurları oluşmadığı veya suçun adı geçen memur tarafından işlenmediği gerekçeleri ile verilmişse, disiplin cezası yönünden bağlayıcı olmaktadır.

Yani adli makamların kararlarına göre fiil hiç oluşmamış veya memur tarafından işlenmemiş bulunuyorsa ve beraat kararı da bu sebepten dolayı verilmiş bulunuyorsa aynı fiilin bir makama göre mevcut olmaması ve memur tarafından işlenmemiş bulunması diğer makama göre ise mevcut ise memur tarafından işlenmiş sayılması gibi aynı maddi olay hakkında tamamen iki zıt görüş ve sonuç kesin hüküm fiilleri ile bağdaştırılamayacağından, bu sebeplere dayanan beraat kararından sonra disiplin cezası verilemez. Yargı mercilerince maddi olay hakkında

³⁴⁵ D10D, E. 1998/2490, K. 1990/270, KT. 15.2.1990, DBB.

³⁴⁶ D3D, E. 1979/187, K. 1979/253, KT. 30.03.1979, DBB.

verilmiş olan karar kesin hüküm teşkil edeceğinden artık disiplin komisyonları gibi idari makamlar tarafından bu kesin hükme aykırı bir karar verilemez³⁴⁷.

Danıştay'da bir kararında;"Bir kamu görevlisinin üzerine atılı suç aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliği taşıyorsa ve ceza yasasına göre yapılan soruşturma veya yargılama sonucunda ilgili suçsuz görülmüşse, artık ilgilinin üzerine atılı suçu işlemediğinin kabulü zorunludur. Ceza yasasına göre yapılan soruşturma veya yargılama sonucu saptanamayan bir suçun disiplin soruşturması dayanak alınıp işlenmiş olduğunun kabulüne olanak yoktur." diyerek, söz konusu temel ilkeyi tekrar etmiştir. Ayrıca, Danıştay, bir olayda, adli yargıda yargılanıp üzerine atılı suçtan dolayı beraat eden disiplin sanığı ile ilgili olarak bu hususu idari yargı yönünden bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görmüştür³⁴⁸.

Ancak, ceza mahkemesinin kararı, kamu görevlisinin üzerine atılı suçla ilişkin olayın personel hukukuna göre, başka yönlerden değerlendirilmesine, imkan tanıdığı takdirde başka bir disiplin suçu nedeniyle ceza verilmesine engel değildir. Çünkü, ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararı, işlendiği sabit olan fiilin kanunda yazılı bir suçu meydana getirmediği gerekçesine dayanıyorsa, disiplin mercileri, buna rağmen disiplin cezası verebilir. Zira, fiil, ceza kanununda yazılı olan suç unsurlarını taşımadığı halde, disiplin suçu oluşturabilir.

Bunun yanında hukuka uygunluk nedenleri bulunması durumunda verilen beraat kararı da, o fiile disiplin cezası verilmesini engeller³⁴⁹. Çünkü, hukuka uygunluk nedenlerinin etkisi tüm hukuk düzeni bakımından geçerlidir. Bu nedenlerin bulunması halinde, fiilin sadece ceza hukuku yönünden değil, tüm hukuk düzeni yönünden hukuka uygun hale geldiği kabul edilmektedir³⁵⁰.

Bu nedenle, hukuka aykırılık unsuru, disiplin suçları içinde geçerlidir. Hukuk düzeninde cevaz verilen memur fiilleri disiplin suçu oluşturmazlar. Disiplin

³⁴⁷ Sıdık Sami, Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. II. (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966) 1066.

³⁴⁸ D10D, E. 1988/1621, K. 1989/1182, KT. 31.05.1989, DBB.

³⁴⁹ Onur, Karahanoğulları, Kamu Hizmeti.(Ankara: Turhan Kitapevi, 2002) s. 68.

³⁵⁰ Toroslu 78.

suçları yönünden hukuka uygunluk sebeplerinin başında "kanunsuz emir" gelir³⁵¹. Anayasanın 137. maddesinde, "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz" denilmiştir. Buna göre, konusu suç teşkil etmemek kaydıyla, kanunsuz emre itiraz eden, ancak amirinden aldığı yazılı emir üzerine bu emri yerine getiren memur disiplin suçu işlemiş olmaz. Bu hüküm, memur yönünden bir hukuka uygunluk sebebidir³⁵². Ayrıca, ceza yargılaması sonucu suçun işlendiği tarihte ceza ehliyetine sahip olmadığı kesinleşen davacının, disiplin hukuku açısından da ehliyeti bulunmadığı kabul edilmekte ve bu nedenle disiplin cezası verilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir³⁵³.

Delil yetersizliği nedenine dayanarak verilen beraat kararının disiplin soruşturması açısından mutlak bağlayıcılık yönü yoktur. Çünkü delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararları tam aklanma niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle disiplin soruşturması sırasında toplanan delillerin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay delil yetersizliği nedeni ile verilmiş beraat kararının disiplin soruşturmasını bağlamayacağını ek gerekçeler ve deliller bulunması durumunda beraat kararına rağmen disiplin cezası verilebileceğini kabul etmektedir³⁵⁴.

Öte yandan, Devlet Memurları Kanunu'nun koyduğu ceza muhakemesi ile disiplin soruşturmasının bağımsızlığı genel ilkesi gereği cezaların mahkemece tecil edilmiş olması da, disiplin cezası uygulanmasını engellemez. Bilindiği gibi tecil, cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulması ve ceza yerine getirilmeden iyi hal göstereceği ve bir daha suç işlemeyeceği konusundaki kaniya dayanmaktadır. Tecilde mahkumiyet hükmü verilmiş, cezanın infazı süreli ve

³⁵¹ Ömer Asım, Livanelioğlu, Memur Disiplin Hukuku. (Ankara: Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, 2. baskı, 2003) 32.

³⁵² Livanelioğlu 33.

³⁵³ D8D, E. 1995/4538, K. 1997/1171, KT. 07.04.1997, DBB.

³⁵⁴ D8D, E. 1995/3666, K. 1995/4622, KT. 26.12.1995, DBB.

olumsuz bir koşula bağlanmıştır. O halde, tecil edilen ceza aynı zamanda disiplin cezasını gerektiren bir eylem sonucu ortaya çıkmışsa memur hakkında disiplin cezası verilmesi zorunluluğu vardır³⁵⁵. Ayrıca, ceza soruşturmasının zamanaşımı ile düşmesi ile disiplin kovuşturmasına etki etmez. Ceza yasası yönünden zamanaşımına uğrayan eylem disiplin cezasını gerektirir nitelikte ise, ceza verilir.

7.4. Disiplin Suç Ve Cezalarına İlişkin Genel Esaslar

Disiplin suçu “memurun göreviyle ilgili kusurlu bir fiildir”³⁵⁶. Disiplin cezası ise; “memurun mesleki hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine tatbik edilen bir kısım zecri(zorlayıcı) müeyyidelerdir”³⁵⁷.

Danıştay disiplin cezasını, “memur statüsünü haiz bulunan kimselerin kanuna, nizama ve hizmetin icaplarına uygun olmayan eylem ve davranışlarına karşı alınan tedbirlerdir”³⁵⁸, “kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev, yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak getirilmiş yaptırımlardır” şeklinde tanımlamıştır³⁵⁹.

DMK’ nın 124/2 maddesinde de “Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyen, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayan, yasakladığı işleri yapan devlet memurlarının “disiplin suçu” işlemiş sayılacağı ve bu kişilere durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma şeklindeki “disiplin cezaları”ndan birisi verileceği hüküm altına alınmıştır³⁶⁰.

³⁵⁵ Pınar 1057.

³⁵⁶ Gözler, Kemal, İdare Hukuku C.II. (Bursa: Ekin Yayınevi, 2003) 686.

³⁵⁷ Onar 1188.

³⁵⁸ DDDK, E. 67/676 K. 69/372, KT. 18.04.1969, DKD, 1970, sy. 131-134, s. 85,

³⁵⁹ D8D, E. 96/1915, K. 96/2267, KT. 24.09.1996, DD, 1997, sy. 93, s. 423.

³⁶⁰ [Http://www.memurlar.net](http://www.memurlar.net). Erişim 16.10.2007

657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 124. maddesinde de, disiplin cezalarının amacı, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak olarak belirtilmiştir. Disiplin cezalarının amacı, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak ve Devlet memurları için oluşturulan çalışma düzenini korumaktır. Ceza kanunlarının belirttiği cezalardan ayrı olarak idare bazı tedbirleri almaya yetkili kılınmıştır. İdarenin aldığı hukuksal ve yönetsel önlemler ve uygulamalar disiplin rejimini meydana getirir. Bu rejimin amacı, kamu personelinin meslek hayatını, görev sırasındaki kişisel davranışlarını ilgilendiren ve kamu hizmetlerinin hukuksal kurallara, statülere ve kamu menfaatlerine uygun olarak işlemlerini sağlamaktır.

Disiplin cezaları; amacında da belirtildiği üzere kamu görev ve hizmetlerinin sağlıklı ve düzenli bir şekilde, zamanında görülmesini sağlamaya yöneliktir. Memur, ancak hizmet ile ilgili olarak işlediği mesleki bir kusurundan dolayı, yani hizmetin genel kurallarına aykırı bir davranışından dolayı cezalandırılabilir³⁶¹.

Bu cezaların özellikleri şöyle sıralanabilir:

Sadece kamu görevlileri ile belli meslek mensuplarına uygulanır. Kişiseldir. Memurun mali hak ve meslek statüsüne yönelik etkileri vardır. Savunma hakkı tanınmadan verilemezler. Takdiri cezalardır. Ancak, takdir yetkisi sınırsız olmayıp belli usul ve esaslar çerçevesinde kullanılabilir. Disiplin cezalarıyla ilgili kararlar gerekçeli olmak zorundadır. Uygulamada eşitlik ilkesi esas olup, aynı eylemlerde bulunanlar aynı cezayı alırlar. Verildiği tarihten itibaren hüküm ifade ederler. Ertelenmeleri olanaklı değildir. Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin emrettiği ödevleri, yurt içinde ve dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususlara uymayanlara, yasakladığı işleri yapanlara; durumun niteliği ve ağırlık derecesine göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinde sayılan disiplin cezalarından birisi verilir. Ancak, suçla verilecek ceza arasında, adil bir dengenin bulunması zorunludur. Çünkü bir memur hakkında takdir edilen disiplin

³⁶¹ Nuri, Tortop, Personel Yönetimi.(Ankara: TODAİE Yayını No: 245, 1992) 219.

cezası ile ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması disiplin hukukunun temel ilkelerindedir. Bu denge kurulurken, olayın oluş biçimi, ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığı, irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Devlet Memurları Yasası kapsamında olmakla birlikte, özel mevzuatı uyarınca ayrı bir disiplin uygulaması gerektiren kamu kurum ve kuruluşları da bulunmaktadır. Yürütülen hizmetin özelliği nedeniyle bunlar için ayrı düzenlemeler yapılmıştır. Kamu hizmetlerinin çok değişik ve karmaşık bir hal aldığı günümüzde, Devlet örgütü içinde yer alan ve birbirinden farklı kamu hizmetlerini yerine getiren kamu kurum ve kuruluşlarında, kamu hizmetinin özellikleri doğrultusunda hizmetin gereği olarak birbirinden farklı disiplin kuralları uygulanmaktadır. Devlet Memurları Yasasının 1. maddesinin son fıkrası uyarınca aşağıda belirtilen memurlar, bu Yasaya bağlı olmadıklarından kendi özel yasalarındaki disiplin hükümlerine tabi olacaklardır. Yargı Organı Mensupları, Üniversite Mensupları, Sanatkâr Memurlar...gibi.

Yukarıda sayılan personele ilgili özel yasalarında öngörülen esaslar çerçevesinde belirtilen cezalar uygulanacaktır. Bu sayılan memurların dışında kalan, fakat anılan kurum ve kuruluşlarda çalışan diğer memurlar hakkında özel yasalarında aksine hüküm bulunmadıkça Devlet Memurları Yasası hükümleri uygulanır.

DMY'nın 125. maddesine eklenen bir fıkra ile saklı tutulan özel disiplin mevzuatı hükümleri oldukça değişik yasa ve tüzüklerde yer almış bulunmaktadır. Bunlar arasında, İçişleri Bakanlığını ilgilendiren 1700 Sayılı Dahiliye Memurları Kanunu 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu (2261 Sayılı kanunla değişik)ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü ile 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun ek 1. Maddesi ve bu Kanuna dayanılarak çıkartılan Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğin sağlanması, Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin (25.7.1997 gün ve 97/9707 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konuldu.) önem ve özelliğine işaret etmek gerekmektedir. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Çalışma Usulleri Hakkında Kanun ve İç Tüzük;2797 sayılı

Yargıtay Kanunu; 2575 Sayılı Danıştay Kanunu; 832 sayılı Sayıştay Kanunu; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu; 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu; 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun; 4357 Sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırmalarına Dair Kanun; 2495 sayılı Bazı Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun; 1920 sayılı Gümrük Memurlarından Vazifei Memuriyesini Suiistimal Edenlerle Vazife ve Mesleklerinde Kendilerinden İstifade Edilemeyenler Hakkında Yapılacak Muameleye Dair Kanun ile bu Kanununa müzeyyel 2350 Sayılı Kanun; 3944 sayılı Gümrük Muhafaza ve Muamele Sınıfı Mensupları Teşkilatı Hakkında Kanun; 2677 Sayılı Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Kanun; 1050 Sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu (Madde 22/D); 6245 sayılı Devlet Harcırah Kanunu(Madde:60); 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejimine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu, özel disiplin hükümleri ihtiva eden yasal düzenlemelerdir³⁶².

Özel kanunların disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için, memurların eylemlerinin ve bu eyleme verilecek disiplin cezalarının özel yasada tam ve açık olarak tanımlanması gerekmektedir. Aksi halde genel kanun olan 657 sayılı Yasa hükümlerine göre işlem tesis edilmesi gerekmektedir³⁶³.

7.5. Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanması

İşlendiği zaman kanun tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırma yasağı demek olan kanunilik İlkesi, kanunun tekelciliğini, açık ve kesin olmasını ve geçmişe uygulanmazlığını gerektirir³⁶⁴.

³⁶² 16.10.2007<<http://www.icisleri.gov.tr>>

³⁶³ D12D, E. 2000/958, K. 2000/4088, KT. 21.11.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 601.

³⁶⁴ Toroslu 16.

Ceza müeyyidesi ile karşılanan suç adı verilen hareketlerin kanun tarafından tayin edilmesi ve yasak eylemlere ancak kanunların gösterdiği cezaların uygulanabilmesi kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir. Ancak bu şekilde kamu çalışanları kendileri güvende hissederek, kanuni tipe uygun olmayan eylemlerin serbest olduğunu hissederek verimli bir çalışma ortamı sağlanabilir.

Anayasa'mızın 128. maddesinde yer alan düzenlemeye istinaden memurların özlük haklarını etkileyecek nitelikte olan disiplin suç ve cezaları ile bu cezaların verilmesi ve uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması esastır. Anılan maddede kanunla düzenlenmesi gereken hususlar arasında açıkça "disiplin suç ve cezaları" yer almamakta ise de, burada geçen "diğer özlük işleri kavramı disiplin suç ve cezalarını da kapsamaktadır"³⁶⁵.

Devlet memurlarının disiplin cezaları genel olarak DMK'da düzenlenmiştir. Özel alanlara ilişkin disiplin hükümleri özel kanunlarda bulunmakta, kimi kanunlarda doğrudan DMK'ya yollama yapmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik prensibi, kişi hak ve hürriyetlerinin ve özellikle serbest bir şekilde hareket edebilme hürriyetinin siyasi otorite karşısında güvenceye alınması maksadıyla kabul edilmiştir. İster adli, ister idari ve isterse disiplin cezası olsun, tüm cezaların kişinin şu veya bu şekilde hak ve hürriyetini tahdit ettiği, yani onun üzerinde bir şekilde olumsuz değişiklik meydana getirdiği gözönüne alındığında, bir ceza olan disiplin cezası için de kanunilik prensibine sadık kalmak gerektiği açıktır.

Anayasa Mahkemesine göre de, Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır³⁶⁶.

³⁶⁵ Metin, Günday, İdare Hukuku.(Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003) 203.

³⁶⁶ AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, KT. 04.04.1991, ABB.

Ancak disiplin konusunda bütün disiplin aykırılıklarının ayrıntıları ile kanunlarda gösterilmesi ve bunların karşısında her zaman her kurum için geçerli cezaların konulmasının mümkün olmadığı, idarenin bu alandaki yetkisini disiplin yönetmelikleri çıkarmak suretiyle kullanabileceği yönünde görüşler de vardır³⁶⁷.

Böyle olunca idari suç ve cezalar, yasama organı tarafından konulması gerekirken, kanunla izin verilmek ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile kamu yararına aykırı olmamak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle de belirlenebilmektedir³⁶⁸. Danıştay'da, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin iptali istemiyle açılan davayı, Yönetmeliğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun amir hükümlerine dayanılarak çıkarıldığı ve ilgili yasanın gereği olduğu gerekçesiyle reddetmiştir³⁶⁹.

Hukuk düzenimizde ise, DMK'nun 125. maddesinde suçlar ve cezalar tek tek sayılmış; ancak, maddenin sonunda "Yukarıda sayılan ve disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezası verilir" hükmü yer almıştır. Bu kural ile açıkça kanunda gösterilmeyen bir fiil ve hal "nitelik ve ağırlık itibariyle" kanunda yer alan eylemlere benziyor ise memura yine de ceza verilmesine olanak sağlanmıştır³⁷⁰. Danıştay, 125. maddenin son fıkrasında yer alan hükmü, idarenin kendisini kanun koyucu yerine koyarak yeni bir hukuk kuralı yaratması değil, kanun koyucunun gerçek iradesine uygun olarak, disiplin suçu oluşturabilecek nitelikte olduğu halde kanunda tam olarak ifade edilmeyen, ancak kanunda ifade edilenlere benzerlik gösteren fiilleri işleyen memurların cezalandırılmasını öngören bir düzenleme olarak yorumlamaktadır³⁷¹.

Görüldüğü gibi, idari suç ve cezalarda Anayasanın 38. maddesiyle belirlenen ilkelere uyulması, mutlak bir zorunluluk olmamakla birlikte ceza

³⁶⁷ Cahit, Tutum, Türkiye'de Memur Güvenliği.(Ankara: Todaye Yayını 1972) 34.

³⁶⁸ Metin, Feyzioğlu, İşyeri Kapama Cezası ve Anayasa Karşısındaki Tutumu, TBBD, sy.1, s. 16, 1993.

³⁶⁹ D10D, E. 1985/169, K. 1986/31, KT. 21.01.1986, DBB.

³⁷⁰ Karahanoğulları 62.

³⁷¹ D8D, E. 1991/1471, K. 1992/518, KT. 25.03.1992, DBB.

hukukunun esaslı prensiplerinden olan suçta ve cezada kanunilik prensiplerine ters düşmemelidir.

Sonuç olarak, ceza hukukundaki katılıkta olmasa dahi, kanunilik unsurunun disiplin suçlarında da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Aradaki önemli fark, ceza kanunlarında her bir suçun ayrı ayrı tanımlanmasına karşılık, disiplin suçlarına ilişkin kanun hükümlerinde çoğu zaman genel tanımlara yer verilmesi ve böylelikle idareye suçun tanımlanması konusunda takdir yetkisi tanınmasıdır³⁷².

7.5.1. Geçmişe Yürümezlik İlkesi(Geçmişe Etki Yasağı)

Disiplin suç ve cezalarının geçmişe yürümezliği, bunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgilidir.“Kanunların zaman bakımından uygulanmasında temel ilke, kanunların geriye yürümemesi, başka bir anlatımla yürürlüğe girdiği tarihten sonra vuku bulan olaylara uygulanmasıdır.”³⁷³ DMK’nun 132/1.maddesine göre “Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır”.Memuriyete girmeden önce işlenmiş suçlardan dolayı disiplin hükümlerine istinaden disiplin cezası da verilemez. Bir idari işlem olan disiplin cezası, bütün idari işlemler gibi geleceğe yönelik olarak etki ve sonuç doğurur.

7.5.2.Memurun Lehine Olan Hükümün Uygulanması İlkesi

Her suç işlendiği anda yürürlükte bulunan kanun hükümleri uyarınca cezalandırılır. Ancak,“cezalandırmada lehte olan hükümlerin uygulanacağı hukukun genel prensiplerindedir. DMK’ da açık bir hüküm olmamasına rağmen, ceza hukukundaki bu prensibin disiplin hukukunda da geçerli olduğu Danıştay’ca kabul edilmektedir³⁷⁴. “Memurun lehine olan hüküm, fiilin işlendiği anda yürürlükte olan kanun hükmü olabileceği gibi fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren kanun

³⁷² Ömer Asım, Livanelioğlu, Memur Disiplin Hukuku. (Ankara: Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları–1, 2. baskı, 2003) 25.

³⁷³ Cemil Kaya, Memur Disiplin Suç ve Cezalarında Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, AİD, c. 38 2, 2005, s. 68.

³⁷⁴ Livanelioğlu 42.

hükmü de olabilir. Danıştay, “gerek ceza ve gerekse disiplin hukuku prensiplerine göre, davanın her safhasında ilgililer hakkında lehine olan hükümlerin uygulanması gerekmektedir”³⁷⁵ şeklindeki içtihadıyla dava devam ederken dahi memurun lehine olan sonraki kanunun uygulanacağına işaret etmiştir.

7.5.3. Aleyhe Düzeltme Yasağı³⁷⁶

Uyarma ve kınama cezalarına karşı, kararın tebliğinden itibaren ilgili memur yedi gün içinde, varsa bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurullarına “itiraz” edebilir. İtiraz mercileri, verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi, cezayı hafifletebilir ya da tamamen kaldırabilir. Buna karşılık madde aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı itiraz edilmeksizin yargı yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir. Kanun, itiraz üzerine cezayı artırma yetkisi vermemiştir. Dolayısıyla, itiraz mercileri memurun itirazıyla bağlıdır ve disiplin cezasının ağırlaştırılması sonucunu doğuracak nitelikte bir karar veremezler. Aleyhe düzeltme yasağı yargı yerleri için de geçerlidir.

8. VERGİ CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİ

Ceza yaptırımları vergi kanunlarına aykırı hareket edenlere de uygulanmaktadır. Vergi hukukunda, vergi cezalarını gerektiren fiiller, devlet hazinesine zarar veren ya da zarar verme tehlikesi yaratan fiillerdir. Bu fiiller genellikle idari-mali nitelikteki parasal yaptırımlarla karşılanır. Bazen de ceza hukukundaki yaptırımlar uygulanır³⁷⁷.

Kanunlar ilke olarak yürürlüğe girdikleri tarihten önceki olaylara uygulanmazlar. Bu durumu hukuki güvenlik ilkesinin bir sonucu olarak kabul etmek mümkündür. Vergi Hukukundaki güvenlik ilkesinin iktisat bilimindeki eşdeğeri Adam Smith’in vergileme ilkelerinden “belirlilik” ilkesidir. Smith, herkesin ödeyeceği verginin açık ve kesin olması gerektiğini belirtmiştir³⁷⁸.

³⁷⁵ Kaya 70.

³⁷⁶ Kaya 75-76

³⁷⁷ Ateş Oktar, Vergi Hukuku.(İstanbul: Türkmen Yayınevi, 2006) 23

³⁷⁸ Oktar 48.

Kanun vergi hukukunun en önemli kaynağıdır. Vergilerin kanuniliği ilkesi, bir başka deyişle vergi ve diğer yükümlülüklerin kanunla konulması, değiştirilmesi, Manga Carta'dan itibaren tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de kabul edilen temel anayasal vergilendirme ilkelerindedir³⁷⁹.

Vergilerin kanunla konulması, bunlara riayetsizlik halinde müeyyidelerinde kanunla konulmasını zorunlu kılmaktadır. Vergi Kanununda düzenlenen vergi cezaları(vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar (kaçakçılık cezası, vergi mahrumiyeti cezası, memurların mükellefin özel işlerini yapması suçunun cezası ile cezalandırılır.

Vergi cezaları bir tasnife tabi tutulacak olursa idari yaptırım niteliğindeki ve hürriyeti bağlayıcı nitelikteki cezalar olarak ayrılabilir. İdari yaptırım niteliğindeki (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) cezaların özelliği, idare tarafından verilmesi ve idare hukuku usullerine göre verilmesidir. Hürriyeti bağlayıcı cezalar ise idarenin hürriyetin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağından ancak mahkemeler tarafından verilecektir³⁸⁰. Tartışılması gereken konu Anayasada dayanağını bulan suç ve cezada kanunilik ilkesi vergi hukukunda da uygulanacak mıdır? Mahkemeler tarafından verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar yönünden suç ve cezada kanunilik ilkesi geçerlidir ve yukarıda belirtilenlerden ayrı bir özellik göstermez. İdari nitelikteki cezalara idare hukuku ilkeleri mi yoksa ceza hukuku ilkeleri mi uygulanacaktır.

AİHS 7. maddesi, AİHM kararları, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İdari Yaptırımlar ile ilgili yayınladığı Tavsiye Kararında, idari cezaların yasa ile konulmasının altını çizmekte ve aynı zamanda Ceza Kongresi kararlarının hayata geçirilmesi için öneriler hazırlamıştır. XIV. Uluslar arası Ceza Kongresi Maddi Hukuk ile ilgili 2 nolu başlık altında: idari ceza hukukuna ilişkin suçlar da idari ceza hukuku müeyyideleri gibi, kanunilik ilkesine uyularak belirlenmelidir³⁸¹.

³⁷⁹ Oktar 34.

³⁸⁰ Nihal Saban, Vergi Hukuku (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006) 218

³⁸¹ Saban 220

AİHM Bendenoun Fransa Davasında başvurucunun sanat ürünlerinin alım satımı ile uğraştığını, idare tarafından kendisine gümrük, kambiyo ve vergi suçları nedeniyle çeşitli soruşturmalar açılmış ve kendisine vergi cezaları kesilmiştir. Başvuran hapis cezasına mahkûm olmuştur. Başvurucu Komisyona başvurarak Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon kabul edilmezlik kararı vermiştir. Mahkeme idari davanın bazı özellikleri nedeniyle iç hukuktakinden aksine cezai nitelik taşıdığına karar vermiştir. İç hukuk hükümleri belirli gruba değil de vergi mükellefi herkese uygulanabilir olduğundan, vergi cezalarının sadece hazinenin zararını karşılamaya yönelik olmayıp, yeniden suç işlemeyi önlemek üzere caydırmayı amaçladığından, para cezalarının dayandığı genel kuralın caydırmak ve cezalandırmak olduğundan, verilen cezalar önemli miktarda olup ödenmemesi halinde faile hapis cezası uygulanabilir olduğundan 6. maddenin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir³⁸².

Anayasa Mahkemesi vergi dairelerince verilen cezaların, teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığını, bir disiplin suçu hatta bir tür mali kolluk önlemi olarak nitelendirmektedir(15.10.1991 gün 29/37 sayılı kararı). Anayasa mahkemesinin aksine D.İ.B.K. vergi cezaları, vergi kanunlarına karşı işlenen fiil nedeniyle Devletin gördüğü zararı eşit bir tazminat ya da zam almak değil, zararı aşan tutarda tazminat almak yoluyla faili cezalandırmak ve ceza tehdidi ile söz konusu fiili önlemek amacı güdülmüştür(12.06.1980 gün ve ½ sayılı kararı)³⁸³.

Bütün bu düzenleme ve uygulamalar dikkate alındığında idari nitelikteki cezalara “cezai nitelik” verebiliyorsak ceza hukuku anlamındaki suç ve cezada yasallık ilkesini idari cezalara da uygulamak gerekmektedir. Çünkü vergi cezaları da özü itibariyle kişileri çalışma özgürlüğünü, mal edinme hakkını doğrudan etkilediğinden demokratik hukuk toplumlarında bunların yasa ile düzenlenmesi bu sayede cezanın önceden belirli, öngörülebilir olması bu şekilde hukuk düzeninin sağladığı güvenliğini bireylerin hissetmesi gerekmektedir.

Kanunların geriye yürütülmemesi ilkesi vergi hukuku açısından büyük önem taşır. Vergi yükünü artırıcı nitelikteki hükümlerin geriye yürütülmesi hukuk güvenliği ilkesine ters düştüğü gibi, vergi mükelleflerinin devlete olan güvenlerini sarsacak,

³⁸² Saban 222.

³⁸³ Saban 221.

ekonomik ve ticari hayatın istikrarını ve belirliliğini bozacaktır. Vergi hukukunda genellikle kanunların geriye yürümemesi ilkesi benimsenmekte birlikte zaman zaman çıkan kanunlarda geriye yürütüldüğü görülmektedir. Örneğin 04.12.1985 tarih ve 3239 sayılı kanun, % 25 olan Kurumlar Vergisini % 45 çıkarmış ve 1985 yılı kurum kazançlarına da uygulanacağını belirtmiştir³⁸⁴.

S O N U Ç

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi demokratik hukuk toplumlarında ceza hukukun anayasal normu niteliğindedir. İlke bugünkü anlamını uzun tarih süzgecinden geçerek almıştır. Tarihi yolculuk yapıldığından insanların hürriyetlerinin elinden alındığı, köle muamelesi gördüğü, renginden, ırkından, inancından, cinsiyetinden ... dolayı kınandığı, ayrımcılığa tabi tutulduğu bir süreç yaşamıştır. Yaşanan bu olumsuz sürecin insan oğlunu arayışa ittiği, bu sürecin bireyin temel hak ve özgürlüklerinin temel yasalarla güvence altına alındığı, suç ve cezaların ancak kanunla düzenlendiği, kanun yapma yetki ve sorumluluğun devletin yasama organlarına devredildiği, yapılan yasaların herkesin öngörebileceği, ulaşabileceği, açık ve belirli nitelikte bulunduğu bir aşamaya gelinmiştir. Suç ve cezaların kanunla konulması ilkesinin ceza hukukunda tamamen yerleştiği, normatif olarak düzenlenmese dahi hukukun genel ilkesi haline geldiğinden hâkimin önüne gelen her uyuşmazlıkta resen uygulaması ve nazara alması gerekmektedir.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi temel hak ve özgürlüklerinin garanti fonksiyonunu yerine getirdiğinden sadece ceza hukukunda değil ceza hukukunun bağlantılı olduğu temel hak ve özgürlüklerle ilgili diğer alanlar da egemen olmaya başlamıştır.

Sadece ulusal hukukta değil, özgür toplumların oluşturduğu uluslararası alanda da artık suç ve cezaların bu toplumların yasaları niteliğinde olan sözleşme ve statülerinde de açık, belirli ve önceden ulaşılabilir ve öngörülebilir şekilde belirlendiği görülmektedir. Yargı yetkisini kabul ettiği ülkelerde AİHS ile getirilen güvencelerin ihlal ile karşılaşmış karşılaşmadığını denetleyen AİHM içtihatlarına ilkenin yerleşmesine büyük katkısı olmaktadır.

³⁸⁴ Mehmet Arslan, Vergi Hukuku.(Ankara: Yaklaşım Yayıncılık: 2005)

Türk hukuk mevzuatı temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da düzenlendiği, suç ve cezada kanunilik ilkesinin ayrıntılı bir şekilde bu metinde yer aldığı, bu şekilde Anayasa Mahkemesinin denetimi aracılığıyla bütün yasal düzenlemelerin hukukun bu evrensel ilkesine uygun bir şekilde düzenlenmesini yargısal denetim güvencesi getirdiği, en temel ceza normu olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği, ve aynı Yasa'nın 5. maddesi gereğince bu genel kuralın diğer özel ceza yasaları düzenlemeleri içinde geçerliği olduğunu bir kez daha teyit ettiği, Yargıtay, Danıştay uygulamaları ile ilkenin tüm ülke genelinde temel norm olarak yerleşmesinin sağlandığı bir hukuku kazanım elde etmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin bu şekilde güvence altında olması, daha mutlu ve kendisini daha güvende hisseden bir toplum oluşturulması özleminden geriye dönüşün artık yaşanmayacağı bir hukuk düzenine doğru gitmektedir. Bu hukuk düzeninde bireyin hakların daha öne çıkarılacağı, bu özgürlüklerin daha ileriye ve yeni açılımlara doğru gideceği inancımızı yenilemekteyiz.

KAYNAKÇA

Öztürk, Bahri, ve Mustafa Ruhan Erdem. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Öztürk, Bahri, ve Mustafa Ruhan Erdem. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Demirbaş, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 4. Bası, 2006

Erem, Faruk Ahmet Danışman, ve Mehmet Emin Artuk. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, 1997.

Yüce, Turhan Tufan. "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", DD, Yıl 1994, 24,

Gözübüyük, Şeref, İdare Hukuku Genel Esaslar c. 1, Turhan Kitapevi, Ankara 1998,

Çetin, Erol. Açıklamalı İçtihatlı Ceza Hukukunda Memur Suçları, Ankara: Eda Yayıncılık, Mart 2000.

Erol, Haydar. İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara: 2003

Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara: Savaş Yayınevi, 2006.

Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı,?

Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi. Cilt I, Genel Hükümler. İzmir: 2006.

Kabaoğlu, İbrahim. İnsan Hakları Konferans, Panel Ve Sempozyumlar, Ankara Barosu, İnsan Hakları Hukuk Yayınları, tarihleri arasında yapılan konferans.

Dönmezer, Sulhi, ve Sahir Erman. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, Beta, Onüçüncü Bası.

Bilge, Öztan. Medeni Hukukun Temel Kavramları. Ankara: 7. Bası, 2001.

Soyaslan, Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: 1998.

İçel, Kayıhan, ve Süheyl Donay. Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 3. Bası.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, ve Rifat Murat Önok. İnsan Hakları El Kitabı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Erdoğdu, Ahmet. “Yeni Disiplin Cezaları”, DD, 1973, sy. 6-7

Pınar, İbrahim. Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Yurtcan, Erdener. Ceza Yargılaması Hukuku. İstanbul: 1998.

Onar, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları. İstanbul: 1966.

Karahanogulları, Onur. Kamu Hizmeti, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

Gözler, Kemal. İdare Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi, Bursa 2002.

Tortop , Nuri. Personel Yönetimi. Ankara: Todaie Yayını, 1992.

Günday, Metin. İdare Hukuku, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002.

Tutum, Cahit. Türkiye’de Memur Güvenliği. Ankara: Todaie Yayını, Ankara 1972.

Feyzioğlu, Metin. İşyeri Kapama Cezası ve Anayasa Karşısındaki Tutumu. Ankara: TBBD, 1993.

Livanelioğlu, Asım Ömer. Memur Disiplin Hukuku, Ankara: Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları–1, 2. Baskı, 2003.

Kaya, Cemil. “Memur Disiplin Suç ve Cezalarında Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler” , AİD, c. 38, sy. 2, 2005.

Parlar, Ali, ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı TCK Yorumu. Ankara: 2007.

Ünal, Şeref. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara: TBMM Yayınları No:89

Ünal, Şeref, Uluslararası Hukuk. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref Feyyaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Ankara: Turhan Kitabevi, 4. Bası, 2003.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, ve Oğuz Sancaktar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. İzmir: T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2003)

Artuç, Mustafa, ve Çetin Akkaya, 2006 İçtihatları ile TCK CMK CGİK. Ankara : Kartal Yayınları, 2007.

Bakıcı, Sedat. 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Artuç, Mustafa, ve Tahir Hırslı. Hüküm Kurma Esasları. Ankara: Kartal Yayınevi, Temmuz 2005.

Hafizoğulları, Zeki. Ceza Normu. Ankara: 1996.

Önder, Ayhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I. İstanbul: 1991.

Hakeri, Hakan. Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2005.

Selçuk, Sami. Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1998.

Gözüböyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözüböyük Şerhi. İstanbul: Kazancı Yayınları, 5. Bası, 1988

Şahin, Cumhuri, İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı. Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını.

Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara: Seçkin Yayınevi, 1984.

Özgenç, İzzet, Terörle Mücadele Kanunu. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Şafak, Engin, Hırsızlık, Yağma ve Dolandırıcılık Suçları ile İlgili Müşterek Hükümler.(Ankara: İmaj yayıncılık, 2002)

Yokuş, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi. İstanbul: Beta Yayınevi, 1996

Aksar, Yusuf, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.

Kunter, Nurullah, ve Feridun Yenisey. Ceza Muhakemesi Hukuku.İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.

Demirbaş, Timur, Kriminoloji. Ankara : Seçkin Yayınevi, 2005.

Çelen, Orhan, Askeri Ceza Kanunu. Ankara: Ekim 1999.

Sancar, Mithat, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı-03.07.2006 tarihli Hukuk ile İnsan Hakları İlişkisi Sunumu.

Oktar, Ateş, Vergi Hukuku.İstanbul: Türkmen Yayınevi, 2006.

Saban, Nihal, Vergi Hukuku (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006).

Arslan, Mehmet, Vergi Hukuku.Ankara: Yaklaşım Yayıncılık: 2005.

Özgenç, İzzet,Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi.Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2006.

Önok, R.Murat, Uluslar arası Boyutuyla İşkence Suçu. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk. Ankara: 2003.

Malkoç, İsmail, Mahmut Güler. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler. Ankara: Adil Yayınevi, 1996

Çolak, Haluk, Uğurtan Altun, Güvenlik Tedbirleri Ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisindeki Yeri, 10.07.2007.

<<http://savcibey55.wordpress.com/2006/12/16/guvenlik-tedbirleri-ve-5237-sayili-turk-ceza-kanununa-gore-yaptirim-teorisindeki-yerimakale>>

Hafizoğulları, Zeki, 5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik tedbirleri, 16.10.2007.< <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html>> 1-37.

Hacıoğlu, Burhan Caner, 16.10.2007<<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/BHacioglu.html>>

Umur, Adem, 16.08.2007.< http://www.turkhukusitesi.com/makale_539.htm>
<http://www.yargitay.gov.tr>.

[http// www.memurlar.net](http://www.memurlar.net).

[http// www.icisleri.gov.tr](http://www.icisleri.gov.tr)

< <http://eticaret.garanti.com.tr/icerik/goster.asp?t=a&c=4&i=031120011639271023201084705>>

<<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2004/K2004-082.htm>>